

La compensation légale, son automatisme et ses conditions d'application : entre mythes et réalités

André Bélanger

Volume 44, numéro 2, 2003

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043746ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043746ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Bélanger, A. (2003). La compensation légale, son automatisme et ses conditions d'application : entre mythes et réalités. *Les Cahiers de droit*, 44(2), 133–181. <https://doi.org/10.7202/043746ar>

Résumé de l'article

La compensation légale se distingue de la compensation judiciaire par son automatisme d'application. Selon les termes du *Code civil du Québec*, elle produirait ses effets « de plein droit ». Cette conception de l'automatisme est idéalisée. Il faudrait plutôt le présenter comme un attribut recherché par le législateur, dans les cas où la présence des cinq conditions légales concrétise un possible avantage réciproque pour les parties. Un tel avantage n'est toutefois pas systématique, la volonté de paiement venant très rarement des deux parties. Dans la majorité des cas, l'une d'elles voudra utiliser la compensation comme mode de paiement, en s'exécutant, c'est-à-dire en faisant valoir sa volonté de compenser, alors que l'autre partie devra la subir de manière passive, voire contre son gré. Pour cette partie qui se fait opposer compensation, il y a donc extinction de l'obligation, mais sans volonté d'exécution. Par conséquent, le processus compensatoire peut être défini selon deux étapes distinctes : il y a d'abord dépendance par rapport à la volonté d'une des deux parties et ensuite imposition des effets aux deux parties. Ainsi, et contrairement à la définition qui en est généralement faite, la compensation légale est avant tout un double mode d'extinction des obligations qui présente un important potentiel de garantie, et non un simple mode de paiement automatique.

La compensation légale, son automatisme et ses conditions d'application : entre mythes et réalités*

André BÉLANGER* *

La compensation légale se distingue de la compensation judiciaire par son automatisme d'application. Selon les termes du Code civil du Québec, elle produirait ses effets « de plein droit ». Cette conception de l'automatisme est idéalisée. Il faudrait plutôt le présenter comme un attribut recherché par le législateur, dans les cas où la présence des cinq conditions légales concrétise un possible avantage réciproque pour les parties. Un tel avantage n'est toutefois pas systématique, la volonté de paiement venant très rarement des deux parties. Dans la majorité des cas, l'une d'elles voudra utiliser la compensation comme mode de paiement, en s'exécutant, c'est-à-dire en faisant valoir sa volonté de compenser, alors que l'autre partie devra la subir de manière passive, voire contre son gré. Pour cette partie qui se fait opposer compensation, il y a donc extinction de l'obligation, mais sans volonté d'exécution. Par conséquent, le processus compensatoire peut être défini selon deux étapes distinctes : il y a d'abord dépendance par rapport à la volonté d'une des deux parties et ensuite imposition des effets aux deux parties. Ainsi, et contrairement à la définition qui en est généralement faite, la compensation légale est avant tout un double mode d'extinction des obligations qui présente un important potentiel de garantie, et non un simple mode de paiement automatique.

* Le texte qui suit est une version remaniée d'un chapitre de la thèse de doctorat présentée par l'auteur à la Faculté des études supérieures de l'Université Laval à l'automne 2002, thèse intitulée : *Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois*.

** Professeur adjoint, Faculté de droit, Université Laval.

Compensation by operation of law may be distinguished from judicial compensation by the automatic manner in which it occurs. Under the terms of the Civil Code of Québec, it is deemed to produce its effects "pleno jure". This abstract view of an automated set off is idealized. Instead, it should be presented as an attribute sought by the Legislator in cases where the presence of five legal conditions materializes a potentially mutual advantage for the parties. Such an advantage is not, however, systematic since the will to pay rarely emanates from both parties. In most cases, one of them would like to use compensation as the means of payment, hence by making the payment and emphasizing his desire to compensate, while the other party must passively submit, even against his will, to such compensation. For the latter party who opposes compensation, this results in the extinction of the obligation, but without any will to perform. Therefore, the compensatory process may be defined according to two distinct steps: First of all, there is a dependency in relation to the will of one of the two parties and thereafter, an imposing of the effects on both parties. As such, and contrary to the definition that is generally given in such situations, legal compensation is above all a dual means of extinguishing obligations that offers an important potential warranty and not just a simple automatic means for making payment.

	<i>Pages</i>
1 L'automatisme de la compensation légale	137
1.1 L'autonomie relative de la compensation légale	139
1.2 La régulation de l'automatisme compensatoire	145
1.2.1 Les biens insaisissables	146
1.2.2 L'acte fait dans l'intention de nuire	147
1.2.3 La dette à l'égard de l'État	150
2 Les conditions relatives à l'application de la compensation légale	152
2.1 Les conditions relatives à l'état de la créance	152
2.1.1 La certitude	152
2.1.1.1 La mention nouvelle d'une condition essentielle au déclen- chement de la compensation légale	153
2.1.1.2 Une condition indépendante de la liquidité	154
2.1.2 La liquidité	156
2.1.2.1 Le critère : l'absence de litige relatif à la créance	158
2.1.2.2 L'assouplissement : la <i>facilité</i> de liquidation de la créance ...	160
2.1.3 L'exigibilité	163

2.1.3.1	Le respect du terme de la créance dans un processus d'extinction forcée	165
2.1.3.2	L'exception du délai de grâce	166
2.2	Les conditions relatives à l'échange des créances	168
2.2.1	La réciprocité	169
2.2.1.1	La réciprocité et le paiement	170
2.2.1.2	La réciprocité et l'automatisme d'extinction	171
2.2.2	La fongibilité	172
2.2.2.1	La nécessité de la condition de fongibilité	173
2.2.2.2	La désuétude de la condition de fongibilité	177
Conclusion	179

La compensation de dettes réciproques, qui existait en droit romain, a été transformée dans le Code Napoléon¹. Aujourd'hui, près de 200 ans après son introduction en droit positif, elle est reconnue comme un « mode d'extinction de deux obligations ayant un objet semblable et existant en sens inverse, le créancier de l'une étant le débiteur de l'autre² ». En deux siècles, malgré leur apparente stabilité juridique, les critères d'application de la compensation ont évolué et ont été adaptés aux besoins juridiques.

En règle générale, la compensation est appliquée pour éviter un double débours entre deux parties qui sont à la fois créancière et débitrice l'une de l'autre³. En vertu de la loi, la compensation de dettes réciproques devrait trouver application de manière automatique et rétroactive lorsque les conditions légales sont satisfaites. Elle s'appliquera également de manière consensuelle, ou encore à la suite de la déclaration du juge, en l'absence de l'une ou de plusieurs des conditions légales édictées par le *Code civil du*

-
1. Voir A. BÉLANGER, *Essai d'une théorie juridique de la compensation en droit civil québécois*, Thèse de doctorat, Québec, Université Laval, 2002 ; A. BÉLANGER, « Petit historique d'une double extinction obligationnelle : la notion de compensation antérieure à l'adoption du Code civil Napoléon », (à paraître) R.J.T.
 2. G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*, t. II : « Obligations : Contrats. Responsabilité, Droit réels, Biens, Propriétés », Paris, L.G.D.J., 1957, n° 1967, p. 699.
 3. Toutefois, en l'absence de réciprocité, l'effet de sûreté qu'entraîne la compensation en situation triangulaire aura pour conséquence de la détourner de ce résultat normalisé et de la transformer principalement en garantie.

Québec. Dans ces deux derniers cas, la compensation se réalisera sans rétroactivité et ne sera effective que du moment où le juge ou les parties auront recherché son application.

La loi, comme telle, prévoit deux types de compensation : la compensation légale, régie par les articles 1672 et suivants du *Code civil du Québec*, ainsi que la compensation judiciaire, consacrée à l'article 1673 C.c.Q., mais dont l'application dépend des règles de procédure civile. Nous nous intéresserons ici à la compensation légale uniquement, la compensation judiciaire devant faire l'objet d'une étude ultérieure.

La rétroactivité de la compensation légale découle du fait qu'elle s'applique, en vertu du Code civil, « de plein droit » (art. 1673 C.c.Q.). Ainsi, l'application de la compensation sera antérieure à la prise de conscience de la possibilité de compenser par les parties. Il y aura compensation non pas du jour de la connaissance d'une telle opportunité par les coobligés, mais, précédemment, du jour où les conditions légales nécessaires à son application ont été satisfaites. Concernant cette prise d'effet *inconsciente*, un auteur soulignait à la fin du XIX^e siècle :

La compensation est une opération si simple, et en même temps si avantageuse aux deux parties, que la loi suppose toujours que leur intention est d'éteindre par ce moyen leurs obligations réciproques. Elle fait donc elle-même d'autorité ce que les parties sont censées avoir l'intention de faire ; c'est-à-dire que la compensation s'opère de plein droit, par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs⁴.

Cette conception de l'automatisme s'avère, bien entendu, idéalisée. Nous ne croyons pas, à la lumière de l'évolution de la compensation, que l'automatisme d'application que lui accorde le législateur découle de l'avantage intrinsèque qu'entraîne l'application de ce mode d'exécution pour les parties. Si le caractère bénéfique de l'institution est bel et bien réel, c'est en raison de la mise en place des conditions légales qui en assurent l'existence⁵. L'avantage lié à l'application de la compensation n'est réel et assuré que pour la partie qui veut l'opposer à l'autre, non pour celle à qui elle est imposée. Ainsi, il faudrait plutôt présenter l'automatisme de la compensation comme un attribut recherché par le législateur dans les cas où la présence des conditions légales viendrait assurer un possible avantage réciproque pour les parties.

4. M.L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des Titres III et IV, Livre III du Code civil*, t. V, Paris, A. Durand, 1885, p. 115.

5. Ce sont la liquidité, la fongibilité, la réciprocité, la certitude et l'exigibilité. Voir *infra*, section 2.

C'est donc en raison de la nature légale de la compensation que la rétroactivité de son application est possible (1). Paradoxalement, alors que les conditions légales devraient exister pour contrôler ce désir législatif d'automatisme, elles servent plutôt à limiter au maximum l'intervention de la volonté des parties en ce qu'elles transforment la compensation légale en double mode d'extinction des obligations quasi automatique (2).

1 L'automatisme de la compensation légale

Les origines de l'automatisme compensatoire se trouvent dans le système de droit civil français. Cette conception théorique s'est subséquemment étendue aux régimes d'inspiration juridique française⁶. À l'idéal de la solution française, il est possible d'opposer la solution de droit allemand. Cette dernière subordonne entièrement l'application du processus compensatoire à la volonté des parties. Un auteur résume en ces termes la nature de l'opposition :

Le système français, avec son automatisme caractéristique, est critiqué après comparaison avec le système germanique, où la compensation dépend de la déclaration unilatérale de volonté, adressée par l'une des parties à l'autre [...] On attribue en général au système germanique l'avantage d'être moins aveugle que le nôtre, moins brutal, plus soucieux de l'intention des parties, et de leurs intérêts. Mais les deux systèmes comportent des tempéraments en sens inverse et, partant, se rapprochent [...] La différence se réduit, en dernière analyse, à une interprétation de silence : en France, la loi présume l'intention de compenser ; en Allemagne, l'intention de ne pas compenser⁷.

Pour notre part, nous croyons qu'il ne s'agit pas d'établir laquelle de ces solutions s'avère préférable, mais bien de mettre en évidence que la compensation ne peut agir sans l'intervention des parties. Cela, afin de relativiser l'importance du rôle de paiement qui est attribué de manière générale à la compensation en droit québécois. Conséquemment, nous exposerons ci-dessous l'importance du rôle de défense et de garantie de la compensation. Ainsi, l'étude de l'automatisme légal de la compensation nous permettra de remettre en question la nature reconnue de la compensation légale et, indirectement, de justifier l'existence en droit civil québécois d'un mode de compensation autre, c'est-à-dire une compensation qui s'appliquerait en l'absence de réciprocité.

6. H. NICHET, *Du jeu de la compensation dans les rapports des créanciers et des débiteurs*, Thèse de doctorat, Montpellier, Université de Montpellier, 1934, p. 153.

7. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4 : « Les obligations », 21^e éd., Paris, PUF, 1997, n° 341, p. 562.

La compensation légale est régie de manière exhaustive par le Code civil⁸ et elle est depuis longtemps considérée comme la règle⁹. Elle fait office de modèle compensatoire. La compensation légale se veut une double extinction d'obligations réciproques qui opère automatiquement dès que sont réunies certaines conditions. Toutefois, elle n'est qu'un mode compensatoire parmi d'autres et sa « cause efficiente [...] diffère suivant les systèmes¹⁰ » ou, plus exactement, selon les techniques d'application utilisées.

La doctrine différencie habituellement : 1) la compensation légale, dont l'opération automatique se trouvait déjà en droit romain pour les créances du banquier, la dot et le pécule de l'esclave ; 2) la compensation conventionnelle, qui est le mode compensatoire le plus ancien ; 3) la compensation facultative, qui résulte de la volonté unique d'une seule des parties ; et 4) la compensation judiciaire, constituée par jugement. La distinction fondamentale entre la compensation légale et les trois modes compensatoires suivants réside dans le moment où s'applique la compensation. Agissant de plein droit, la compensation légale produit ses effets immédiatement, dès l'instant où les conditions sont remplies, contrairement à chacun des autres modes qui impliqueront une volonté de marquer l'instant de la prise d'effet. Cela étant, le mode compensatoire légal :

[...] diffère de tous les autres en ce que la volonté du législateur agit immédiatement, en éteignant les deux créances dès que les conditions objectives posées par la loi se trouvent réalisées ; l'introduction de la rétroactivité n'a pas été étrangère à l'éclosion de cette idée. Au contraire, dans les autres modes de compensation, la volonté du législateur s'exerce médiatement, en attachant un effet compensatoire à la volonté des parties ou au prononcé du juge. L'interminable controverse des romanistes sur le sens du trop fameux *ipso jure* a sa source dans l'imprécision de ces termes : ils indiquent implicitement, il est vrai, que la compensation est intégrée dans le droit matériel, et n'est plus, à proprement parler, judiciaire ; mais ils

8. Seul le second alinéa de l'article 1673 traite de la compensation judiciaire.

9. « La compensation a été envisagée par le C.C. comme un mécanisme légal. Subsidairement, cependant, elle peut être conventionnelle ou judiciaire » : J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 7, p. 557 ; « En principe, la compensation se fait de plein droit entre dettes réciproques, à certaines conditions fixées par la loi. Si l'une de ces conditions manque, la compensation ne peut se faire que par convention ou jugement » : R. SAVATIER, *Cours de droit civil*, t. II, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1949, no 535, p. 247 ; P. DRAKIDIS, « Des effets à l'égard des tiers de la renonciation à la compensation acquise », *R.T.D.Civ.* (1955), p. 238, 239.

10. R. DE KOTZEBUE, *Compensation et procédure ; essai de critique et de science juridique pure*, Paris, Sirey, 1945, p. 70. Le terme « systèmes » se réfère ici à la technique de compensation utilisée, et non au système juridique.

ne permettent pas de déterminer avec certitude si la volonté du législateur s'exerce médiatement ou immédiatement¹¹.

Le caractère immédiat de la prise d'effet qui différencie la compensation légale est lié au respect des conditions légales. Selon que la compensation a un rôle d'extinction des obligations ou de quasi-sûreté, le respect des conditions légales sera plus ou moins important¹². Lorsqu'elle est perçue tel un paiement qui opère automatiquement et immédiatement, sans recours à la volonté des parties, il est aisé de comprendre la portée des conditions d'application édictées par le Code civil. Si, au contraire, elle est envisagée en tant que protection du débiteur qui est aussi créancier de son créancier, si elle apparaît comme un outil de garantie, certaines conditions seront ignorées en vue de permettre son utilisation. Dans ces circonstances, la compensation n'est plus institution au déclenchement automatique et immédiat, mais bien garantie judiciaire d'application médiate.

En considérant la nature de la compensation légale, nous ne pouvons qu'analyser l'automatisme de son déclenchement, afin de déterminer s'il est réel ou s'il a été artificiellement recherché par les rédacteurs du Code civil (1.1). Nous verrons que l'étude des limites légales apportées par le Code confirme le caractère artificiel de l'automatisme compensatoire attribué à la compensation légale (1.2).

1.1 L'autonomie relative de la compensation légale

Bien qu'il soit généralement qualifié d'automatique¹³, le déclenchement de la compensation légale demeure soumis à la volonté des parties.

-
11. Poursuivant son raisonnement, R. DE KOTZEBUE, *op.cit.*, note 10, p. 70, écrit : « Les Byzantins eux-mêmes n'ont sans doute pas été au clair sur cette question, puisque les contemporains, comme Théophile et Thalelaeus, ont pu la résoudre dans des sens opposés. Faut-il s'étonner, dès lors, si les émules de Théophile : Martinus Gosia, Irnérius, Cujas, Domat, Pothier, d'une part, et ceux de Thalelaeus : un Azon, un Accurse, un Doneau, d'autre part, ont contribué à l'adoption, dans les législations modernes, de principes en apparence aussi irréductibles que ceux de la compensation automatique française, dite légale, et de la compensation allemande par déclaration de volonté unilatérale. »
 12. H. MAZEAUD et autres, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1 : « Obligations : théorie générale », 8e éd., Paris, Montchrestien, 1991, p. 1190.
 13. N. VÉZINA et L. LANGEVIN, « L'extinction de l'obligation », (2002-2003) *Recueil du Barreau* 139 ; J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 960, p. 769 ; M. TANCELIN, « l'extinction est en principe automatique », dans M. TANCELIN, *Des obligations. Actes et responsabilité*, 6e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, n° 1200, p. 615 ; M. TANCELIN et D. GARDNER, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 7e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1999, p. 780 ;

La doctrine française accepte maintenant cette position¹⁴, mais les juristes québécois l'ignorent. Pourtant, l'autonomie de la compensation, de son déclenchement et donc de son application, se révèle toute relative. L'exemple le plus probant est certainement la possibilité pour les parties de renoncer à la compensation. Comme l'exprime clairement un auteur :

Lorsque les conditions légales sont réunies, le débiteur à qui on réclame le paiement de l'une des créances, se prévaut, en principe de la compensation. Mais il arrive aussi qu'il s'abstienne de le faire, soit parce qu'il ne veut pas se libérer par ce moyen, soit parce qu'il ignore avoir cette faculté [...] La terminologie classique confond ces deux abstentions, psychologiquement bien différentes, sous le vocable de renonciation. On peut adresser, à cet égard, une double critique à la doctrine traditionnelle. D'une part, en effet, dans cette conception, renonciation sous-entend renonciation à l'extinction déjà opérée depuis le moment où les conditions se sont trouvées réunies. Or, et chacun l'admet, il faut invoquer la compensation pour qu'elle produise ses effets. Renoncer n'est donc pas rétroactivement effacer une extinction déjà réalisée, mais refuser qu'elle se réalise. D'autre part, la renonciation est, par définition, un acte conscient et volontaire. On voit mal comment on pourrait renoncer à un droit dont on ignore être le titulaire¹⁵.

Malgré une application considérée comme automatique, indépendante de la volonté des parties, la compensation légale nécessite l'intervention d'au moins l'une des parties. Toutefois, à la différence de la compensation judiciaire ou conventionnelle, l'intervention des parties n'est nécessaire que pour le déclenchement du processus compensatoire¹⁶. Mendegris voyait en cela une raison logique : une loi peut difficilement modifier la situation juridique d'individus en l'absence d'un acte ou d'un fait juridique agissant comme élément déclencheur¹⁷. À la lumière de l'article 1673 C.c.Q. et des textes qui lui sont antérieurs¹⁸, il semble plutôt que les codificateurs

J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2001, n° 342, p. 613 ; V. KARIM, *Commentaires sur les obligations*, t. 2, 2^e éd., Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 749.

14. Voir les travaux de R. MENDEGRIS, *La nature juridique de la compensation*, Paris, L.G.D.J., 1969, qui ont mis en évidence la subordination du déclenchement de la compensation légale à la volonté ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1996, n° 1309, p. 1043 ; F. GRUA, « Compensation », (1990) 121 *Rép. civ.* 9 ; A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, coll. « Droit fondamental », Paris, PUF, 1992, n° 189, p. 620 ; P. DRAKIDIS, *loc. cit.*, note 9, 239 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Cours de droit civil : Les obligations*, t. IV, 6^e éd., Paris, Éditions Cujas, 1995, n° 1070, p. 632.

15. R. MENDEGRIS, *op. cit.*, note 14, n° 108, p. 143.

16. Le processus légal du déclenchement de la compensation ne sera lui-même possible que si les conditions légales sont satisfaites.

17. R. MENDEGRIS, *op. cit.*, note 14, p. 23.

18. Art. 1188 C.c.B.C. et art. 1290 *Code civil* français.

aient rêvé d'une indépendance à l'égard du pouvoir judiciaire, motivés qu'ils étaient alors par la recherche d'un véritable automatisme légal.

Le désir d'automatisme légal constitue le fondement de la compensation du *Code civil du Québec*. Ce mode d'extinction est la copie conforme de la compensation de droit français, compensation qui est née de l'influence positiviste. Elle est le produit d'une volonté de modernisme juridique s'exprimant par un rationalisme qui se traduit lui-même dans l'efficience de la loi et des outils juridiques. Ainsi :

L'idée première à laquelle le législateur français s'est attaché se sépare très nettement de l'idée romaine. La compensation n'est plus l'œuvre du juge mais bien celle de la loi elle-même. C'est de plein droit, et par le fait même de leur coexistence, que deux dettes remplissant les conditions déterminées se trouveront éteintes soit totalement, soit jusqu'à concurrence de la plus faible. La compensation était à Rome un moyen de procédure, elle est chez nous un mode légal d'extinction des obligations¹⁹.

De l'interprétation faussée des termes *ipso jure* à son interprétation par les auteurs classiques, la compensation légale est automatique²⁰, à une exception d'importance près : la possibilité pour les parties d'y renoncer²¹. La compensation trouve application sans la volonté des parties, par la force de la loi, « mais d'une loi qui n'est pas d'ordre public²² ». L'automatisme de la compensation, accrédité par Cujas, introduite dans le Code Napoléon sous l'influence des réflexions de Domat et Pothier, est devenu un dogme tant en droit français²³ qu'en droit québécois, mais les contradictions propres au principe allaient bientôt stimuler la remise en question de cette théorie. Comme l'exprime un auteur français, « à l'instar des principes qui reposent sur des fausses prémisses et auxquels on croit avec peu de conviction, celui-ci est de ceux qui subissent aussitôt des entorses, auxquelles nul ne peut se dérober, tant elles s'imposent impérieusement en fait²⁴ ». Et cet auteur de poursuivre en énonçant les fondements de la conception contemporaine de la compensation légale selon lesquels, « nonobstant le postulat du caractère automatique de la compensation, il est de règle que

19. F. JOUSSELIN, *De la compensation légale et de la compensation judiciaire*, Thèse de doctorat, Paris, L.N.D.J., 1900, p. 27.

20. M.L. LAROMBIÈRE, *op. cit.*, note 4, p. 115 ; C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code : ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, t. 7, 5^e éd., Paris, Jules Renouard et Cie, 1835, n° 344, p. 418 ; R. SAVATIER, *op. cit.*, note 9, n° 542, p. 249.

21. Art. 1681 C.c.Q. ; voir P. DRAKIDIS, *loc. cit.*, note 9, 238.

22. J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 7, n° 338, p. 559.

23. P. DRAKIDIS, *loc. cit.*, note 9, 239.

24. *Ibid.*

celle-ci n'opère nullement sans la volonté du débiteur poursuivi par sa contrepartie. Il faut que le débiteur poursuivi l'oppose en justice pour mettre en échec la demande en paiement de son créancier, dont il est devenu lui-même créancier²⁵. »

C'est la thèse que reprenait Mendegris quelques années plus tard afin d'établir l'absence de distinction réelle entre la compensation légale et la compensation judiciaire²⁶. Le mécanisme compensatoire est tributaire de certaines conditions d'application, mais il demeure dépendant de la volonté des parties pour être mis en branle. En ce sens, la compensation légale n'est pas plus automatique d'application que la compensation judiciaire, cette dernière ne comportant qu'une étape supplémentaire préalable à sa mise en application, soit l'assujettissement de l'une des créances aux conditions compensatoires²⁷. Légale ou judiciaire, la compensation devra répondre aux exigences légales pour être appliquée. La distinction à opérer devra donc être recherchée dans la rétroactivité d'application de la compensation légale, au jour de l'existence des conditions édictées par le Code civil. C'est de cette rétroactivité potentielle que découle la qualification d'automatisme quant à son application.

Le texte du *Code civil* français est plus précis en ce qui concerne la teneur de cet automatisme, puisqu'il énonce que la compensation « s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs » (art. 1290 C.c.). L'énoncé de l'article 1188 du *Code civil du Bas Canada* mentionne uniquement que la compensation « s'opère de plein droit ». Cette retenue quant à la définition des effets de l'automatisme compensatoire a été conservée dans le texte de l'article 1673 C.c.Q.²⁸.

Rien n'indique toutefois que le législateur québécois ait pris conscience de la dépendance de la compensation par rapport à la volonté des parties. Malgré les précisions moindres sur la teneur de l'expression « de plein droit » dans le C.c.B.C. et le C.c.Q., par rapport au Code Napoléon,

25. *Ibid.*

26. R. MENDEGRIS, *op. cit.*, note 14.

27. Traitant de l'inexistence de distinction fondamentale entre la compensation légale et la compensation judiciaire, R. MENDEGRIS, *op. cit.*, note 14, p. 145, écrit ceci : « le juge ne compense pas par une technique particulière. Il donne seulement aux créanciers les qualités nécessaires pour que les mécanismes compensatoires jouent. L'extinction est toujours le fruit d'un mécanisme légal, mais la phase de déclenchement comporte une étape supplémentaire. »

28. Art. 1673 C.c.Q. : « La compensation s'opère de plein droit dès que coexistent des dettes qui sont l'une et l'autre certaines, liquides et exigibles et qui ont pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de biens fongibles de même espèce ».

on lira dans les commentaires du ministre de la Justice que cet article « énonce le principe que la compensation résulte du seul effet de la loi²⁹ ». Ainsi, bien que le souhait d'automatisme soit plus marqué dans le *Code civil* français, la doctrine³⁰ et la jurisprudence³¹ québécoises paraissent moins sensibles au caractère artificiel de l'automatisme légal du déclenchement de la compensation.

Bien qu'elle soit souhaitée indépendante du contrôle judiciaire, la compensation légale est parfois soumise à ce dernier. Aussi, il « n'est pas exact que la compensation [...] ne fasse aucune part à la volonté³² », car la possibilité pour les parties de renoncer à la compensation³³ suppose que, pour qu'elle soit appliquée, il doit y avoir expression du consentement en ce sens de l'une des parties, et parfois intervention du juge. Les parties jouent sans contredit un rôle plus important que celui du juge, dans la mesure où celui-ci n'intervient que de manière accessoire. Seulement, l'intervention du juge dans les cas où les parties s'opposent est nécessaire. En somme, le déclenchement de la compensation sera principalement soumis à la volonté des parties, et subsidiairement à la décision du juge. Toutefois, l'intervention du juge ne pourra imposer la compensation aux deux parties ayant des dettes réciproques, car elle ne peut être appliquée contre leur volonté commune, la renonciation à la compensation étant toujours possible³⁴. La détermination de la nature de la compensation légale est donc paradoxale, l'application allant à l'encontre de sa définition théorique et légale, ce qui ne peut qu'entraîner une remise en question du sens de la loi :

29. MINISTRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 1040.

30. N. VÉZINA et L. LANGEVIN, *loc. cit.*, note 13, 139 ; J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 13, n° 960, p. 769 ; M. TANCELIN, *op. cit.*, note 13, n° 1200, p. 615 ; M. TANCELIN et D. GARDNER, *op. cit.*, note 13, p. 780 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 13, n° 342, p. 613 ; V. KARIM, *op. cit.*, note 13, p. 749.

31. « [La compensation légale] s'opère seule, par le simple effet de la loi, sans qu'il soit nécessaire qu'un tribunal la décide ou même que les parties y consentent » : *Union québécoise, cie d'assurances générales inc. c. Société mutuelle de réassurance du Québec*, [1991] R.R.A. 614 (C.S.), p. 622, cité dans M. TANCELIN et D. GARDNER, *op. cit.*, note 13, p. 780.

32. J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 7, n° 341, p. 562.

33. Art. 1680, 1681 et 1682 C.c.Q. *a contrario*.

34. « Poursuivi en paiement de sa dette, le débiteur doit invoquer la compensation : le tribunal ne peut suppléer d'office le moyen tiré de la compensation ; il ne saurait se substituer au débiteur pour invoquer un moyen que celui-ci ne soulève pas. C'est refuser d'admettre que la compensation joue « automatiquement » : si elle s'était définitivement produite en dehors de la volonté du défendeur, le tribunal, devant qui le défendeur nie l'existence actuelle de la dette sans invoquer la compensation, aurait la possibilité de constater cette compensation » : H. MAZEAUD et autres, *op. cit.*, note 12, n° 1158, p. 1198.

À première vue, cet automatisme de l'effet extinctif peut apparaître comme une faveur pour le bénéficiaire de la compensation. À la réflexion, il présente plus d'inconvénients que d'avantages. Il n'est donc pas étonnant que la jurisprudence l'ait édulcoré. On peut même se demander s'il en reste quelque chose³⁵.

Cela est indirectement affirmé par l'habitude qu'ont prise les juges d'*ordonner* la compensation³⁶ ou de l'*opérer*³⁷, alors que, en vertu de la nature automatique de son déclenchement, il faudrait simplement la constater ou l'établir³⁸. L'intervention du juge en la matière peut être ainsi définie :

Sans doute l'une des parties, devant la résistance de l'autre, sera-t-elle parfois contrainte de demander au tribunal de constater que la compensation légale a joué ; mais, d'une part, la partie qui oppose la compensation ne la crée pas : elle instruit simplement le juge ; d'autre part, le tribunal ne prononce pas la compensation, il la constate : le jugement est seulement déclaratif³⁹.

Ce n'est pas la nature de la compensation légale qui s'est transformée au cours des décennies, mais sa compréhension et son interprétation. Cette remarque doit être admise à la lumière des textes des codes français et québécois. Pourquoi, après avoir été judiciaire en droit romain, la compensation s'impose-t-elle désormais comme étant avant tout légale et donc autonome dans son déclenchement ? C'est à cette interrogation qu'ont répondu les travaux de Roger Mendegris⁴⁰ : ce n'est qu'une fois l'impulsion volontaire donnée par l'une des parties que la compensation produira les effets voulus par la loi. Ainsi, la « volonté de celui qui oppose la compensation peut donc être nécessaire sans altérer pour autant le caractère automatique ou légal du mécanisme extinctif, car, une fois mise en œuvre, la compensation produira toujours les effets que la loi a voulus⁴¹ ».

L'automatisme doit donc être recherché non pas dans l'application de la compensation, mais dans ses effets : la compensation aura pour consé-

35. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 14, no 1309, p. 1042.

36. *Placement Jacpar Inc. c. Benzakour*, [1989] A.Q. n° 1644 ; *Octave Labrecque Ltée c. Lacasse*, [1995] A.Q. n° 467 (C.A.) ; *Banque de Nouvelle-Écosse c. Exarhos*, [1995] A.Q. n° 25 (C.A.).

37. *147310 Canada inc. c. D. Atwill Morin & Fils inc.*, J.E. 91-1690 (C.A.) ; *Services techniques BIC inc. c. 2624-3402 Québec inc.*, [1996] A.Q. n° 3085 (C.S.) ; *Céramiques Champplain Ltée c. Gestions de construction Novel inc.*, [1996] A.Q. n° 628 ; *7ième Sens Design Mode Canada c. Centre Vu Lebel et Desroches inc.*, [1996] A.Q. n° 1789 (C.Q.).

38. *Caisse populaire Desjardins Saint-Jean Baptiste de Lasalle c. 164375 Canada inc.*, [1995] A.Q. n° 1067 (C.S.).

39. H. MAZEAUD et autres, *op. cit.*, note 12, n° 1156, p. 1197.

40. R. MENDEGRIS, *op. cit.*, note 14.

41. *Id.*, n° 63, p. 86.

quence une « soustraction juridique⁴² », mais cette opération ne pourra avoir lieu du seul effet de la loi, la volonté d'une des parties étant essentielle à son application. Ce n'est pas la loi qui permettra l'application de la compensation, mais bien l'une des parties qui exprimera sa volonté en ce sens. C'est en raison de l'opposition au système féodal, lui-même réfractaire à la règle compensatoire, que la compensation allait devenir, suivant l'évolution des textes des commentateurs puis des rédacteurs du Code Napoléon, « le mécanisme extinctif abstrait et automatique⁴³ » d'aujourd'hui. En dehors de cette volonté d'en arriver à une règle parfaite, un symbole de loi idéale, il est permis de présumer que les échanges économiques croissants ont contribué à favoriser la recherche d'un mécanisme d'extinction des obligations simple, rapide et efficace. Toutes ces mesures n'ont toutefois pas transformé l'institution, et cette aspiration à un automatisme légal n'a rien changé à la nécessaire intervention de la volonté des parties. Qui plus est, le législateur n'a d'autre choix que d'entraver lui-même l'autonomie de l'application de la compensation.

1.2 La régulation de l'automatisme compensatoire

Paradoxe inévitable, la compensation légale et automatique voit son autonomie entravée par le législateur. En fait, l'automatisme n'est aucunement absolu. Comme l'écrivait un auteur bien avant les travaux de Mendegris :

[...] la compensation ne s'opère nullement, comme on l'a dit, d'une façon beaucoup trop absolue à l'*insu* et contre le *gré* des parties. L'affirmation est certes beaucoup trop générale. La loi, en effet, n'impose nullement aux deux parties réciproquement débitrices et créancières cette extinction de leurs obligations par voie de compensation. Ici, comme en bien d'autres matières, le législateur n'établit point une règle impérative, mais une règle purement interprétative de la volonté des parties⁴⁴.

Bien qu'il soit déclaré qu'elle agit de plein droit, en vertu de l'article 1672 C.c.Q., la compensation verra des limites imposées à son application par les termes mêmes du Code civil, à l'article 1676. Le législateur fixe des limites afin de protéger les tiers et le débiteur qui se fait opposer compensation (1.2.1), de même que dans un esprit d'ordre public tant juridique (1.2.2) qu'économique (1.2.3). Quelles que soient les raisons d'être de ces exceptions, elles démontrent que l'automatisme de la compensation légale

42. H. MAZEAUD et autres, *op. cit.*, note 12, n° 1142, p. 1188.

43. C. LUCAS DE LEYSSAC, *L'utilisation de la compensation en droit commercial*, Thèse de doctorat, Paris, Université Paris I, 1973, p. III.

44. F. JOUSSELIN, *op. cit.*, note 19, p. 33.

a davantage été recherché à titre de qualificatif théorique de son application qu'en tant qu'effet absolu et dogme.

1.2.1 Les biens insaisissables

Les biens insaisissables ne pourront faire l'objet d'une compensation en vertu de l'article 1676 C.c.Q. Cela semble logique dans la mesure où la compensation peut avoir, entre autres effets indirects, le paiement. Ce dernier ne saurait être permis par l'entremise de la compensation, alors qu'il est empêché autrement.

Un auteur s'inquiétait du changement apporté au texte qui remplace « aliments insaisissables » sous l'empire du C.c.B.C.⁴⁵ par « biens insaisissables » dans le C.c.Q.⁴⁶ et y voyait « un glissement vertigineux⁴⁷ » qui ouvrirait la porte à l'impossibilité d'opposer compensation en présence d'une division de patrimoine, venant de la sorte grandement restreindre la règle du gage commun des créanciers (art. 2645 C.c.Q.). Une telle capacité de contrecarrer l'application de la défense de compensation à l'aide de la division fiduciaire du patrimoine nous paraîtrait aller trop à l'encontre des principes fondamentaux du droit civil en matière patrimoniale et du droit des obligations. Nous sommes en parfait accord avec le professeur Tancelin lorsqu'il écrit qu'il est possible de « soutenir une interprétation exégétique de l'article 1676 al. 2 selon laquelle le « bien insaisissable » ne vise pas les biens « qui font l'objet d'une division de patrimoine permise par la loi », puisque l'article 2645 C.Q. les distingue de « ceux qui sont insaisissables » et que la loi ne parle pas pour ne rien dire. Par conséquent l'article 1676 al. 2 ne devrait pas être interprété comme un obstacle à la compensation en matière de division de patrimoine⁴⁸. »

Cette extension du domaine de l'insaisissabilité en matière compensatoire au Code civil est une codification de la jurisprudence en vigueur sous l'empire du C.c.B.C.⁴⁹. Il faut donc souhaiter que les juges interpréteront la règle de l'article 1676 al. 2 C.c.Q. en harmonie avec l'esprit de la compensation, dans le but d'éviter un double débours qui pourrait faire courir à l'un des débiteurs-créanciers un risque inutile quant à l'insolvabilité de l'autre partie. Inclure les biens faisant partie d'une division de patrimoine dans

45. Art. 1190 (3) C.c.B.C.

46. Art. 1676 (2) C.c.Q.

47. M. TANCELIN, *op. cit.*, note 13, n° 1197, p. 614.

48. *Ibid.*

49. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 13, n° 968, p. 774 ; MINISTRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 29, p. 1042.

l'exception de l'article 1676 al. 2 C.c.Q. aurait pour effet de renverser l'idéologie qui sous-tend la règle, soit la protection des dettes alimentaires⁵⁰, au profit d'éventuelles manipulations juridiques et économiques qui n'auraient pour objet que de mettre les biens d'un débiteur à l'abri de l'extinction compensatoire favorable à un créancier.

En cette matière, un contrôle judiciaire paraît plus pertinent qu'une règle légale d'application généralisée⁵¹. En droit français, les prohibitions compensatoires légales ne s'appliquent pas à la compensation judiciaire. Ainsi :

La Cour de cassation a [...] admis que les exceptions aux règles de compensation légale énumérées à l'article 1293 du Code civil [art. 1190 C.c.B.C.] ne s'étendent pas aux créances et dettes faisant l'objet d'une demande en compensation judiciaire dont l'appréciation appartient au juge du fond. En vertu de quoi, la compensation a pu être prononcée entre une dette de restitution d'un objet volé et l'indemnité due par la victime à son voleur pour l'avoir elle-même volé ! Plus récemment, la Cour de cassation a censuré un arrêt qui s'est borné à rejeter la demande en compensation par l'application de l'article 1293 CC [art. 1190 C.c.B.C.] sans rechercher si les conditions de la compensation judiciaire étaient remplies⁵².

Dans la mesure où le *Code de procédure civile* permet la compensation de créances alimentaires, il est légitime de croire que la compensation judiciaire de « biens insaisissables » est envisageable. Elle serait à tout le moins fortement souhaitable si la règle de l'article 1676 al. 2 C.c.Q. devait malencontreusement en venir à être appliquée aux sommes d'argent que placeront à l'abri de leurs créanciers les débiteurs peu scrupuleux.

1.2.2 L'acte fait dans l'intention de nuire

L'article 1676 C.c.Q. empêche également la compensation dans les cas où la créance a pour cause un acte fait dans l'intention de nuire. Faut-il en déduire que la possibilité d'opposer compensation est une mesure dont ne

50. « La compensation légale ne joue pas quand l'une des deux créances est une créance alimentaire, parce que le créancier d'aliments ne doit pas être privé d'une rentrée de fonds qui lui est immédiatement nécessaire » : J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 7, p. 558 ; A. SÉRIAUX, *op. cit.*, note 14, p. 623 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 14, n° 1302, p. 1037 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 13, n° 351, p. 619.

51. « L'exception opposée à la compensation concernant un bien faisant l'objet d'une division de patrimoine créerait, si elle était admise, un risque élevé d'abus, à la mesure des difficultés inhérentes à l'action en inopposabilité. L'intégrité du système repose sur la vigilance des cours de justice » : M. TANCELIN, *op. cit.*, note 13, n° 1197, p. 613.

52. A. SÉRIAUX, *op. cit.*, note 14, p. 629 ; Civ. 1^{re}, 12 juillet 1956 (*Bull. civ.*, I, n° 301, *Rev. trim. dr. civ.*, 1956.737, obs. H. Mazeaud) ; Civ. 1^{re}, 10 avril 1973 (*J.C.P.*, 1974.II.17605, note J. Ghestin, *R.T.D.Civ.* (1974), p. 150, obs. Y. Loussouarn).

saurait profiter un débiteur-créancier de mauvaise foi ? Si cela est le cas, il serait tentant de marquer le parallèle avec l'exigence de bonne foi⁵³ qu'impose le Code civil⁵⁴. C'est ce que pourrait laisser entendre la nouvelle formulation de l'article 1676 C.c.Q.⁵⁵ qui ne fait plus nommément référence au bien injustement dépouillé⁵⁶, mais à la notion plus générale d'« acte fait dans l'intention de nuire ».

Une justification plus précise, permettant d'éviter le recours aux notions ambiguës d'équité et de bonne foi, était possible sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*⁵⁷. Cette ancienne règle était plus ciblée. Malgré l'entrave à l'automatisme de l'application de la compensation qu'elle créait, elle ne pouvait être considérée comme une exception au droit commun. Si nous considérons que le bien restitué est un corps certain, la compensation est impossible. Et ce, même si le bien détourné est une somme d'argent : la fraude aura pour effet de transformer la créance monétaire en corps certain empêchant, de ce fait, toute compensation en raison de l'absence de fongibilité⁵⁸. L'argument se révèle ténu dans la mesure où il est difficile d'attribuer à une somme d'argent, bien qu'elle soit injustement dépouillée,

53. *Progressive Holdings inc. c. Delico Corp.*, [1996] A.Q. no 319 (C.S.), j. Bisaillon : « le propriétaire injustement privé d'une somme d'argent ne peut être contraint à la compensation. Dans ce cas, la privation de l'effet de compensation est une sanction de la mauvaise foi de celui qui l'invoque ou de sa conduite répréhensible. »

54. Art. 6, 7 et 1375 C.c.Q.

55. « Le premier cas visé par l'alinéa [second de l'article 1676] recouvre, tout en étant, en raison de sa généralité, d'application plus large, deux cas décrits à l'article 1190 C.C.B.C., à savoir celui où une partie a été injustement privée d'un objet ou d'une somme d'argent par suite de la mauvaise foi ou de la conduite répréhensible de l'autre partie », MINISTRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 29, p. 1041 (l'italique est de nous).

56. L'article 1190 C.c.B.C. énonçait plutôt ceci : « La compensation a lieu quelle que soit la cause [...] excepté dans [le cas] 1. De la demande de restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillée ».

57. Toutefois, sans faire référence directement à l'équité, un auteur classique justifiait ainsi la solution de l'article 1293 du *Code civil* français, à l'origine de la règle de l'article 1676 C.c.Q. « Cette disposition est une juste conséquence de l'une des premières lois de l'État civil, où personne ne peut se rendre justice à soi-même ; il faut, pour l'obtenir, s'adresser aux magistrats chargés de la rendre à tous : c'est par leur autorité seule que nous devons être autorisés à nous ressaisir des choses mêmes qui nous appartiennent, lorsque celui qui les possède refuse de nous les rendre volontairement » : C.-B.-M. TOULLIER, *op. cit.*, note 20, n° 382, p. 460 ; cette idée a été reprise dans A. SÉRIAUX, *op. cit.*, note 14, p. 622.

58. « L'article 1293(1) [art. 1190 C.c.B.C.] n'est nullement une exception au droit commun, car les dettes de corps certain ne sont pas compensables ; et si la dette a été d'une somme d'argent ou d'une chose fongible, l'effet du détournement est de la transformer en une dette de corps certain » : J. PERCEAU, *Compensation légale, compensation judiciaire*, Thèse de doctorat, Paris, Université de Paris, 1898, p. 42.

la qualité de corps certain, en cette époque où l'argent est plus que jamais le bien fongible par excellence⁵⁹. Toutefois, nous semble-t-il, le fondement théorique demeure valable.

La restitution sous forme de dommages-intérêts, quant à elle, ne sera pas problématique puisque, comme « la chose jugée a opéré novation dans la nature de la dette, la compensation est dès lors régulièrement opposable⁶⁰ ».

La très rare survenance de telles situations⁶¹ a certainement incité les rédacteurs du Code civil à opter pour une formulation plus générale⁶², permettant d'englober une plus grande diversité de conjonctures. Seulement, dans la mesure où l'ancienne rédaction pouvait prendre appui sur la notion de corps certain, la nouvelle ne se fonde que sur la volonté de nuire. La nuance est d'importance puisque, en vertu du C.c.B.C., la créance de corps certain qui se serait transformée en une créance de dommages-intérêts en raison de la perte du bien aurait sans doute pu être opposée, seule la demande en restitution du bien étant visée⁶³. Pourquoi, en effet, priver le créancier de la garantie que représente la compensation et qui le préserve de l'insolvabilité éventuelle du débiteur de l'indemnité ?

Le législateur n'a pas voulu permettre au débiteur de l'indemnité résultant de « l'acte fait dans l'intention de nuire » de bénéficier de la garantie que représente le paiement compensatoire⁶⁴. Seulement, en vertu de la formulation actuelle de l'article 1676 C.c.Q., la compensation serait également refusée au créancier de cette indemnité. En ne précisant pas que la compensation est interdite uniquement à l'auteur de l'acte fait dans

59. Voir *infra*, section 2.2.2.

60. M.L. LAROMBIÈRE, *op. cit.*, note 4, p. 166.

61. *Pelletier c. Banque nationale*, (1919) 55 C.S. 141 ; *Commercial Acceptance Co. c. Tournay*, (1964) C.A. 896 ; *Thériault c. Thériault*, J.E. 94-795 (C.Q.) ; *Maheux c. Boutin*, [1996] R.R.A. 265 (C.Q.).

62. J. PINEAU, « Théorie des obligations », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. II : « Obligations, contrats nommés », Québec, PUL, 1993, p. 205.

63. J. PERCEAU, *op. cit.*, note 58, p. 42.

64. Le Comité du droit des obligations justifiait en ces termes le texte de l'article 305 du projet de révision, lui-même à la base de l'article 1676 C.c.Q. « Il est d'abord suggéré d'ajouter à l'énumération de l'article le cas d'une créance résultant d'un acte posé dans l'intention de nuire ; une telle créance ne devrait pas pouvoir faire l'objet d'une compensation en raison de sa nature même, afin de ne pas développer une tendance naturelle à la justice privée » : OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, COMITÉ DU DROIT DES OBLIGATIONS, *Rapport sur les obligations*, Montréal, 1975, p. 390. Et le Comité de préciser que le *Code civil* allemand comporte une disposition semblable en son article 393.

l'intention de nuire, le texte devient équivoque, puisque, par quelque partie que soit invoquée la compensation, la créance résultant de l'acte fait dans l'intention de nuire sera présente. Il faut évidemment soutenir que c'est uniquement le débiteur responsable de l'acte nuisible qui ne pourrait invoquer compensation, de manière à rester fidèle à l'esprit du droit en vigueur sous l'empire du C.c.B.C.

1.2.3 La dette à l'égard de l'État

Enfin, l'article 1672 C.c.Q. interdit la compensation d'une dette envers l'État. Des considérations d'ordre pratique se voulant compréhensibles justifient une telle interdiction⁶⁵. Cependant, bien que le risque d'insolvabilité de l'État soit nul, il n'empêche que l'impossibilité d'invoquer la compensation peut donner lieu à des situations économiques désastreuses pour le contribuable en mauvaise comptabilité avec le fisc⁶⁶. Cet avantage nous apparaît discutable. Il s'agit en fait d'une exception au principe général voulant que l'État soit assujéti au droit commun des obligations (art. 1376 C.c.Q.)⁶⁷. Bien que le législateur ait voulu ici protéger les intérêts du Trésor public, il nous semble que ces considérations soient insuffisantes pour justifier la codification d'une règle qui aurait eu avantage à demeurer d'application judiciaire.

Si la doctrine québécoise se contente de trouver le fondement de cette règle dans des considérations pratiques⁶⁸, il est possible de trouver une raison théorique valable à la règle. D'après certains, cet obstacle trouve son fondement dans l'impossibilité, logique en soi, de compenser une dette insaisissable⁶⁹. Ainsi :

65. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 13, n° 974, p. 777 ; V. KARIM, *op. cit.*, note 13, p. 753.

66. Sur la règle identique en droit français : « Certes, le créancier de l'État a quelque certitude de ne pas se trouver en présence d'un insolvable ; l'État n'en fait pas moins preuve d'une certaine inélégance en se refusant à la compensation », voir H. MAZEAUD et autres, *op. cit.*, note 12, n° 1144, p. 1189.

67. « La compensation n'a jamais pu, en règle générale, être invoquée contre l'État, bien que l'État ait, lui, toujours pu invoquer la compensation à son avantage contre toute personne ; il s'agit là d'une situation justifiée par des considérations d'ordre pratique et juridique, liées au rôle de l'État et à la diversité de ses fonctions auprès du public. Compte tenu de la règle énoncée à l'article 1373 [art. 1376], relativement à l'assujettissement de principe de l'État au droit commun des obligations, il a paru utile d'ajouter cette règle qui constitue une exception au principe général » : MINISTRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 29, à l'article 1672 C.c.Q.

68. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 13, n° 974, p. 777.

69. F. GRUA, *loc. cit.*, note 14, n° 72, 5.

La saisissabilité des créances à compenser apparaît comme la pierre de touche permettant d'éclairer quelque peu le jeu des règles de la compensation entre l'État et un particulier. On sait que les créances de l'État sont, en général, insaisissables, règle que l'on justifie en observant que le Trésor ne peut se satisfaire que d'un paiement effectif. On peut, dès lors, en déduire cette double conséquence qu'un particulier ne saurait, en principe, opposer la compensation à l'État, mais que celui-ci pourrait s'en prévaloir, en renonçant à la protection qui lui est offerte⁷⁰.

Il existerait ainsi un fondement théorique à une solution d'application discutable introduite en droit positif par Justinien⁷¹. Toutefois, l'ancienneté de la règle n'est aucunement justificative en elle-même et commande au contraire une remise en question au regard de la modernisation de l'administration fiscale⁷². L'ampleur des ressources administratives en matière fiscale qui existe de nos jours nous incite à remettre en question une telle approche⁷³, d'ailleurs qualifiée de « prérogative exorbitante de l'État⁷⁴ ».

À ces diverses limitations de l'automatisme du déclenchement de la compensation légale, il faut ajouter la dépendance quant à la volonté des parties et parfois quant au pouvoir judiciaire, ce qui vient souligner davantage le caractère utopique de l'autonomie compensatoire.

La compensation produit donc les effets prévus par la loi de manière objective, mais elle nécessitera la manifestation de la volonté des parties, si ce n'est l'intervention du juge pour être déclenchée⁷⁵. Les conditions légales, une fois satisfaites, rendent possible l'application de la compensation. Ainsi, cette dernière opère légalement dans ses effets, mais de manière

70. R. MENDEGRIS, *op. cit.*, note 14, n° 79, p. 108.

71. J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, PUF, 1992, n° 127, p. 145. Toutefois, la compensation invoquée contre l'État n'a pas toujours été impossible en droit français ; ainsi C.-B.-M. TOULLIER, *op. cit.*, note 20, n° 379, p. 454, écrivait : « La compensation peut être opposée à l'État, c'est-à-dire au fisc ou au trésor public, pourvu néanmoins que les deux dettes qu'il s'agit de compenser dépendent l'une de l'autre. »

72. Cela fait dire à un auteur que la règle, au sein du C.c.Q., code se voulant moderne et dépourvu d'archaïsme, constitue « une résurgence de la prérogative régaliennne » : M. TANCELIN, *op. cit.*, note 13, n° 1209, p. 617.

73. La justification que donnait M.L. Larombière de la règle apparaît aujourd'hui tel un véritable anachronisme. Ainsi, il justifiait l'exception en matière de contributions dues à l'État « sur l'organisation spéciale des finances publiques, à l'égard desquelles la compensation n'a jamais été admise. Il importe, en effet, que la rentrée des impôts soit certaine, assurée et mise à l'abri de ces diminutions imprévues qui paralyseraient les moyens financiers de l'État » : M.L. LAROMBIÈRE, *op. cit.*, note 4, p. 176. En cette période de surplus budgétaires, il est permis de douter que la possibilité d'opposer compensation au fisc paralyse les moyens financiers de l'État... !

74. M. TANCELIN, *op. cit.*, note 13, n° 1209, p. 617.

75. R. MENDEGRIS, *op. cit.*, note 14, n° 84, p. 114.

subordonnée à une volonté de déclenchement qui sera exprimée par les parties, voire par le juge en cas d'opposition de l'une des parties. Dans cette optique, les conditions d'application de la compensation légale serviront à éviter toute atteinte injustifiée, tant aux droits des tiers qu'à la partie à l'encontre de qui elle est opposée, en vue de donner le plus d'effet possible à l'automatisme restreint de l'institution.

2 Les conditions relatives à l'application de la compensation légale

De l'automatisme recherché de la compensation découle un ensemble de règles devant être respectées. À l'origine, c'est-à-dire sous l'empire du Code Napoléon puis en vertu du *Code civil du Bas Canada*, quatre conditions devaient être respectées : liquidité, exigibilité, fongibilité et réciprocité des créances. Dans le *Code civil du Québec*, la condition de liquidité, qui jusqu'alors incluait celle de certitude, en est dissociée. Leur présence permettra à la compensation légale d'éteindre *automatiquement* deux créances⁷⁶. Pour être en mesure de jouer son rôle extinctif automatique, la compensation, en plus de l'élément déclencheur qu'est la volonté de l'une des parties, doit répondre à des conditions permettant à la fois d'analyser l'état des créances, « faute de quoi le mécanisme de la compensation, sans être définitivement impossible, ne pourrait jouer immédiatement⁷⁷ » (2.1), et la possibilité de les « échanger » les unes pour les autres (2.2).

2.1 Les conditions relatives à l'état de la créance

La compensation d'une créance ne peut se faire avec une créance éventuelle. Ainsi, il faut s'assurer de l'existence (2.1.1) et de la liquidité (2.1.2) des créances, de même que de l'exigibilité de chacune d'elles (2.1.3).

2.1.1 La certitude

Conceptuellement très près de la condition d'exigibilité, et davantage de celle de liquidité, la certitude, plus que toute autre condition, est une assurance de l'existence de la créance. Une dette certaine est une dette réelle. En vertu du *Code civil du Québec* (art. 1673), la certitude est désormais une condition indépendante de la condition de liquidité (2.1.1.2), ce

76. Ou, inversement, cette présence permettra de fixer des balises afin d'empêcher que toutes obligations découlant d'un contrat synallagmatique ne s'éteignent automatiquement par compensation. Voir J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 13, n° 343, p. 614 ; H. MAZEAUD et autres, *op. cit.*, note 12, n° 1146, p. 1190.

77. J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 7, n° 337, p. 558.

qui ne fait que confirmer son caractère essentiel au déclenchement de la compensation légale (2.1.1.1).

2.1.1.1 La mention nouvelle d'une condition essentielle au déclenchement de la compensation légale

La certitude de l'existence de la créance a toujours été considérée comme une condition implicite essentielle au déclenchement de la compensation légale⁷⁸, étant définie comme une partie intégrante de la condition de liquidité⁷⁹. Son rôle fondamental est devenu évident de telle sorte que les rédacteurs du Code civil en ont fait une condition nécessaire à l'application de la compensation légale (art. 1673 C.c.Q.). Bien que cet ajout ait été peu justifié⁸⁰, il est possible que cette précision légale ait été fondée sur le consensus de la doctrine française qui existait en ce sens⁸¹.

Cette modification, qui paraissait tellement aller de soi, n'a fait l'objet que de peu de remarques de la part de la doctrine⁸² et la modification a été à peine relevée par les juges dans leur application du nouvel article⁸³. Bien

78. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 13, n° 347, p. 615 ; C.-B.-M. TOULLIER, *op. cit.*, note 20, n° 369, p. 444 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, note 14, n° 1068, p. 630 ; H. MAZEAUD et autres, *op. cit.*, note 12, n° 1149, p. 1191 ; A. SÉRIAUX, *op. cit.*, note 14, p. 622 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 14, n° 1299, p. 1035 ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 7, n° 337, p. 558 ; M.L. LAROMBIÈRE, *op. cit.*, note 4, p. 129.

79. Voir *infra*, section 2.1.2.

80. En ce sens, le ministre de la justice, *op. cit.*, note 29, ne nous éclaire guère sur la question en indiquant uniquement que l'article 1673 « précise, contrairement au premier alinéa de l'article 1188 C.C.B.C., que la dette doit être, certes liquide et exigible, mais aussi certaine, c'est-à-dire non contestée ou contestable ». De même, l'OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *op. cit.*, note 64, par l'intermédiaire du Comité du droit des obligations, n'a fait aucun commentaire sur la question.

81. Par exemple, l'émergence d'une notion restrictive de la liquidité, notion qui ne se préoccupe plus que du quantum de la créance pour la déclarer liquide, est due à une refonte importante de notions telles que l'existence ou la certitude de la créance et leur place par rapport à la notion [de liquidité]. Si la certitude apparaît autonome par rapport à la liquidité [...], elle peut aussi apparaître comme étroitement liée à l'existence de la créance si l'on se fait de la certitude une conception qui se confond avec son existence même. Il s'agira, ici, plus précisément, d'un lien étroit entre la certitude de la créance et l'existence de son fait générateur. C'est cette conception qui a été retenue par une partie importante de la doctrine » : J.-B. LAYDU, *La créance liquide*, Thèse de doctorat, Paris, Université Paris II, 1993, p. 63.

82. V. KARIM, *op. cit.*, note 13, p. 755 ; voir les commentaires plus détaillés de M. TANCELIN, *op. cit.*, note 13, n° 1194, p. 612 ; voir également J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 13, n° 347, p. 615.

83. À titre de rare exemple : *Conseil de bande des Abénakis de Wôlinak c. Bernard*, [2000] J.Q. n° 160 (C.Q.).

avant son introduction au Code civil, la certitude était une condition essentielle à la démonstration de l'existence d'une créance⁸⁴, et donc à sa possible compensation, au même titre que la liquidité ou l'exigibilité. Cela n'a pas empêché des auteurs, qui se basaient sur la définition donnée par Cornu de la liquidité⁸⁵, de qualifier l'ajout de superflu en soulignant qu'une « dette qui est liquide est nécessairement certaine, alors qu'une dette certaine n'est pas nécessairement liquide : le législateur aurait donc pu se contenter de parler de « dettes liquides », comme il l'avait fait à l'article 1188 C.c.B.C.⁸⁶ ».

Le législateur aurait effectivement pu se contenter de l'unique référence légale à la liquidité, mais nous aurions ainsi été condamnés à la définition classique de la liquidité. Cela, alors qu'est apparue depuis plusieurs années déjà la conception restrictive de la liquidité : la liquidité « quantum »⁸⁷. La condition de certitude du Code civil, par simple besoin de précision logique, est venue remplacer cette liquidité *an* qui se rapportait à l'existence de la créance⁸⁸. En somme, donc, il « s'agit d'une consolidation de l'interprétation courante, qui dissocie maintenant deux problèmes distincts, antérieurement confondus, celui du montant d'une dette et celui de sa validité juridique⁸⁹ ».

2.1.1.2 Une condition indépendante de la liquidité

La distinction à opérer entre la créance liquide et la créance certaine s'imposait bien avant l'apparition de la mention de certitude au *Code civil du Québec*, et l'article 1673 n'a fait que répondre à l'interprétation moderne des conditions nécessaires à l'application rétroactive de la compensation. Comme l'écrit un auteur français :

Il est un fait que pendant longtemps la notion de certitude était pratiquement, *ipso facto*, un élément de la liquidité, puisque l'on parlait de la certitude de l'existence de la créance. À l'heure actuelle une autre optique l'emporte. L'existence de la créance se rapproche de sa certitude en tant que notion autonome, ainsi, lorsque l'on invoque la certitude de l'existence de la créance l'on met en évidence le mouvement qui conduit à une autonomie de la notion d'existence. Il conduit également à une autonomie de celle de certitude⁹⁰.

84. « [Les] dettes réciproques doivent être certaines. L'article 1290, al. 1 ne le dit pas expressément, mais il le sous-entend » : A. SÉRIAUX, *op. cit.*, note 14, p. 622.

85. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 3e éd., Paris, PUF, 1992, s.v. « Liquide ».

86. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 13, n° 347, p. 615, note 1445.

87. Voir *infra*, section 2.1.2.

88. Le terme *an* signifie : « Est-ce que » (la créance existe) ? Voir J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 7, n° 337, p. 558.

89. M. TANCELIN, *op. cit.*, note 13, n° 1194, p. 612.

90. J.-B. LAYDU, *op. cit.*, note 81, p. 44.

Opérer la distinction entre les notions de liquidité et de certitude résulte d'une analyse purement logique. La liquidité n'implique pas *de facto* la certitude. Il est vrai que la plupart des créances liquides opposées en compensation sont certaines dans leur existence. Comme le mentionne une auteure, cela « explique que la certitude est généralement sous-entendue lorsque l'on parle de liquidité », ajoutant que ces « deux notions ne doivent cependant pas être confondues car elles sont distinctes et ne coexistent pas toujours »⁹¹.

Une dette peut être liquide mais contestée uniquement dans son existence, et donc dans sa certitude. Faut-il, en de telles circonstances, affirmer que, si elle est contestée dans son existence, elle est liquidée à une valeur de zéro ? Une même dette opposée à deux débiteurs solidaires, parce que l'un des deux débiteurs invoque une cause d'extinction à son égard (moyen purement personnel par exemple), devrait-elle être considérée comme non liquidée ? Ici, il est plus juste d'affirmer que la dette est liquidée, puisqu'elle a une valeur pour l'un des débiteurs, mais que son existence à l'égard de l'un des débiteurs est contestée, empêchant la satisfaction de la condition de certitude. Sinon, il faudrait affirmer qu'une même obligation solidaire est liquide pour l'un des débiteurs solidaires, mais non pour l'autre. Puisque la liquidité peut exister en l'absence de certitude, et cette dernière apparaître malgré le caractère non liquide de la créance, il est inapproprié d'apprécier la présence de ces deux conditions en une seule considération. Ainsi l'affirme Laydu :

L'individualisation de la certitude et de la liquidité est rationnelle, une créance peut être liquide sans pour autant être certaine, l'inverse est également vrai : une créance peut être certaine sans pour autant être liquide ; il suffit que le débiteur reconnaisse l'existence de la dette, mais pas son montant. On sait alors qu'il est dû sans savoir combien il est dû [...] Il arrive pourtant que l'absence de liquidité entraîne apparemment une absence de certitude de la dette [...] Mais il convient de dire que, dans ce cas, la contestation est toujours une discussion plus grave qu'une simple contestation sur le quantum⁹².

Cette différenciation s'impose en raison de la fonction respective de la liquidité et de la certitude : la première s'intéresse au montant ; et la seconde, à l'existence. Il est donc possible de se trouver devant une dette réelle mais non liquide, voire en présence d'une dette dont le montant s'avère déterminé mais dont l'existence est fortement contestée⁹³. Si

91. N.-C. NDOKO, « Les mystères de la compensation », *R.T.D.Civ.* (1991), p. 673.

92. J.-B. LAYDU, *op. cit.*, note 81, p. 54.

93. Bien entendu dans une telle circonstance, il serait évidemment possible de qualifier la créance de non liquide, son existence et donc son montant étant contestés, mais ce serait faire fi du caractère propre à chaque condition.

l'absence de liquidité d'une créance peut parfois sembler toucher son existence, c'est qu'alors le litige ne porte pas uniquement sur le quantum⁹⁴.

2.1.2 La liquidité

Sans liquidité, il n'existe aucune garantie de la valeur de la créance. En ce sens, cette condition sert d'indication relative à l'importance de la créance et a « pour but de faire obstacle aux compensations imaginaires⁹⁵ ». Elle est la condition qui prend le plus d'importance, dans la mesure où elle permet de fixer le montant de la dette, servant de complément indispensable à la condition de certitude et d'exigibilité. La liquidité sert donc les créanciers réciproques en déterminant l'ampleur de leur intérêt dans le processus compensatoire, par l'intermédiaire de la créance⁹⁶. La liquidité de la dette à compenser constitue la garantie⁹⁷ pour le créancier de voir sa créance éteinte à hauteur et dans la mesure du montant de la liquidation. En somme, la liquidité, jumelée à la certitude et à l'exigibilité de la dette, rapproche la compensation légale de son rôle le plus fréquent pour la partie qui l'invoque : le paiement⁹⁸. Elle permet le processus purement mathématique de paiement au sens économique du terme. Toutefois, comme le rappelle pertinemment un auteur :

Pour assimiler la compensation au paiement, il faut se faire de l'obligation une notion purement mathématique, y voir une simple quantité d'unités monétaires : peu importe, dès lors, qu'il y ait compensation ou paiement, pourvu que le résultat, en chiffre, soit toujours le même. C'est négliger tout ce qu'il y a de concret dans une obligation donnée (fût-elle monétaire) : ce n'est certainement pas la même chose, pour un commerçant qui a besoin de fonds afin de faire face à des échéances commerciales dont le non-paiement risque d'entraîner pour lui la faillite, que d'être payé par compensation avec une dette civile, dont l'échéance n'a pas une signification aussi rigoureuse⁹⁹.

Cela permet de comprendre que de manière générale, en matière de compensation légale, les conditions de liquidité, de certitude et d'exigibilité de la créance sont considérées en bloc. Sans doute parce que ces qualités sont propres à la créance valide et qu'il est rare, bien que possible, de voir opposer une compensation ne présentant pas l'une de ces conditions.

94. J.-B. LAYDU, *op. cit.*, note 81, p. 54.

95. J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 7, n° 340, p. 561.

96. J.-B. LAYDU, *op. cit.*, note 81, p. 306.

97. *Id.*, p. 320.

98. En ce sens, M. TANCELIN, *op. cit.*, note 13, n° 1182, p. 608, définit la compensation comme un « procédé de paiement utilisable dans des circonstances de fait particulières.

99. J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 7, n° 342, p. 563.

Si l'opération de fixation du montant liée à la détermination de la liquidité quantum n'est pas effectuée préalablement, il faudra recourir au juge afin qu'il procède à la liquidation ; cette opération serait alors non plus une compensation légale mais une compensation judiciaire¹⁰⁰. La nécessité de liquider les créances s'impose par la nature même de soustraction juridique qu'est la compensation, ce qui montre que « [c']est souvent quand l'une des deux dettes n'est pas liquide que la compensation légale est paralysée¹⁰¹ ».

Pothier donnait cette définition de la liquidité : « Une dette est liquide quand il est constant qu'il est dû et combien il est dû¹⁰². » Afin de respecter les éléments de cette définition, même en opérant la scission liquidité/certitude, il faut qu'il y ait absence de litige relatif à la valeur de la créance. Rappelons que la conception extensive de la liquidité s'intéresse à la fois au quantum de la créance et à son existence. Elle se justifie par la volonté d'accroître la sécurité juridique en assurant la validité de la créance¹⁰³. Cela s'explique par le fait que, bien qu'elle soit liquide, une créance peut être contestée dans son existence, de telle manière que la compensation serait impossible. Il ne fait aucun doute donc qu'il s'agit là de deux éléments distincts nécessitant une considération individuelle pour que puisse intervenir le processus compensatoire de déclenchement légal¹⁰⁴. Et ce, parce qu'une « créance non certaine ne peut pas plus se compenser qu'une créance non déterminée¹⁰⁵ ».

La liquidité, du fait de l'émergence légale de la condition de certitude¹⁰⁶, a vu sa définition restreinte au seul élément quantitatif de la créance. C'est bien plus l'apparition indépendante de la condition de certitude que la précision du terme liquidité qui s'avère novateur. Ce n'est qu'en raison de la lacune relative à l'absence de condition permettant de s'assurer de l'incontestabilité de la créance qu'était incluse la certitude de la créance

100. J.-B. LAYDU, *op. cit.*, note 81, p. 183.

101. J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 7, n° 337, p. 558.

102. R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, 3^e partie, Paris, Librairie de l'œuvre de St-Paul, 1809, p. 103.

103. J.-B. LAYDU, *op. cit.*, note 81, p. 67.

104. A. SÉRIAUX, *op. cit.*, note 14, p. 622 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, note 14, n° 1072, p. 634.

105. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 14, n° 1299, p. 1035.

106. L'article 1672 C.c.Q. énonce ceci : « La compensation s'opère de plein droit dès que coexistent des dettes qui sont l'une comme l'autre certaines, liquides et exigibles », contrairement au *Code civil du Bas Canada* qui ne mentionnait en son article 1188 que ce qui suit : « La compensation s'opère de plein droit entre deux dettes également liquides et exigibles. »

à sa liquidité. Une fois l'exigence de certitude reconnue essentielle et distincte, la liquidité est restreinte à ce qui lui est propre, soit la détermination du montant de la créance. C'est donc à la reconsidération des conditions essentielles au déclenchement automatique de la compensation légale et à l'isolement de la condition de certitude qu'est due la précision de la notion de liquidité¹⁰⁷.

Une fois prise en considération la particularisation de la liquidité par rapport à la condition de certitude, il faut, afin de circonscrire l'importance de la condition dans le processus compensatoire, s'intéresser à la contestation par l'une des parties de la liquidité de la créance (2.1.2.1). De même, nous nous attarderons sur la facilitation de la liquidation de la créance, qui a pour effet d'assouplir les considérations qui permettent aux juges de qualifier une créance liquide (2.1.2.2).

2.1.2.1 Le critère : l'absence de litige relatif à la créance

L'affirmation voulant que l'absence de litige relatif à la créance soit nécessaire pour qu'existe la condition de liquidité en matière de compensation entraîne la considération de deux types de liquidité : la liquidité active et la liquidité passive, pour reprendre les termes d'un auteur français¹⁰⁸.

La liquidité sera passive¹⁰⁹ lorsque l'intervention judiciaire s'avérera nécessaire à son existence. Au contraire, la liquidité active¹¹⁰ sera celle qui est inhérente à la créance et qui existe sans nécessiter l'intervention judiciaire. Certains voient dans l'opposition active/passive la différenciation fondamentale entre la compensation légale et la compensation judiciaire¹¹¹.

Parce que la liquidité est une condition objective, une dette « ne cesse pas d'être liquide pour la seule raison que son débiteur ne la reconnaît pas¹¹² ». Pour faire obstacle à la condition de liquidité, et par conséquent à

107. J.-B. LAYDU, *op. cit.*, note 81, p. 63.

108. *Id.*, p. 381.

109. *Ibid.* : « La liquidité passive, qui est celle de la créance soumise à compensation judiciaire, est en quelque sorte une liquidité subie par la (les) créances (dettes), la créance subit une liquidation concomitante (ou non) reconventionnelle. »

110. *Id.*, p. 380 : « C'est une liquidité qui existe en elle-même, elle est active car elle n'a pas besoin de l'intervention judiciaire pour exister. La créance est alors liquide, son montant connu (ou facilement déterminable) sans nécessité de l'intervention judiciaire. La liquidité est ici suffisante en elle-même et peut, dès lors, jouer un rôle pleinement actif pour favoriser la rapidité juridique. »

111. *Id.*, p. 381.

112. F. GRUA, *loc. cit.*, note 14, n° 43, 4.

la compensation, la contestation soulevée devra être sérieuse et non purement dilatoire¹¹³. En droit québécois, la question a rarement été traitée¹¹⁴. Larombière écrivait à ce sujet :

[S'il] suffisait de contester à tort et à travers, sans même la moindre apparence de fondement et de raison, la compensation dépendrait, en réalité, de la bonne foi et de la volonté des parties, toujours maîtresse d'élever des contestations sur les points même les moins susceptibles de débats. En exigeant que les dettes soient liquides pour être compensables, la loi n'a donc pu entendre que la compensation dût être écartée sous le prétexte de la plus ridicule chicane et de la plus mauvaise contestation. On ne saurait admettre qu'elle ait ainsi subordonné la compensation légale au bon plaisir des parties, et qu'elle leur ait accordé, pour l'é luder, cette prime d'encouragement aux contestations les plus mal fondées et les moins sérieuses¹¹⁵.

À strictement parler, l'intervention du juge n'aura pas pour effet de transformer la compensation en compensation judiciaire, l'effet compensatoire se produisant malgré tout de manière rétroactive¹¹⁶.

Ainsi, la simple contestation de la créance ne la rendra pas automatiquement litigieuse¹¹⁷. La considération inverse empêcherait trop facilement l'application de la compensation légale. Il ne saurait suffire de contester une créance par ailleurs liquide pour empêcher l'application de la compensation légale. Le débiteur contestant la liquidité sans fondement autre que d'éviter l'extinction réciproque des dettes ne pourrait, donc, être en mesure d'empêcher l'application de la compensation opposée en défense. Le juge pourra alors permettre la compensation légale, se contentant de constater la présence des conditions légales essentielles à son application, sans aucunement procéder à la liquidation de la créance contestée.

La doctrine française soutient que la créance qui nécessite une expertise pour être liquidée ne peut être considérée comme liquide, l'expertise devant être entérinée par le juge¹¹⁸. Laydu critique cette conception en ces termes :

113. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 14, n° 1299, p. 1036 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, note 14, n° 1069, p. 630.

114. *Banque de Montréal c. Tremblay*, [1989] A.Q. n° 208 (C.A.).

115. M.L. LAROMBIÈRE, *op. cit.*, note 4, p. 130.

116. J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 7, n° 343, p. 564.

117. J.-B. LAYDU, *op. cit.*, note 81, p. 44.

118. J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 7, n° 343, p. 564 ; B. STARCK, *Droit civil : Obligations*, 2^e éd., Paris, Librairie technique, 1986, n° 2094, p. 746 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 14, n° 1299, p. 1035.

Envisagée comme facteur de non-liquidité d'une créance, l'expertise constituerait un obstacle grave à la sécurité juridique du créancier. Celui-ci, devant y recourir pour faire fixer le montant de sa créance, se trouverait alors automatiquement privé de sa liquidité [...] Il nous semble faux d'affirmer que l'expertise, nécessaire pour fixer le montant d'une créance, la rende « illiquide » [...] Si de l'expertise provient (voire soulève) une contestation sérieuse sur le montant de la créance, ce n'est pas tant cette contestation qui, à notre sens, rend la créance « illiquide » (elle pourrait en effet être contestée mais déterminable si la contestation n'est pas suffisamment sérieuse), c'est l'aléa que l'expertise (autant que des aspects conjoncturels) fait peser sur le montant de cette créance qui la rend non liquide¹¹⁹.

En somme, selon cet auteur, c'est le moment où sera constatée la liquidité, donc l'acte de liquidation, qui sera déterminant. L'intervention de l'expert peut fort bien s'avérer nécessaire en raison d'une contestation frivole de la partie à qui est opposée compensation. Cela oblige le juge à constater que la créance était effectivement liquide avant son intervention et celle de l'expert, ce qui le force à déclarer la compensation d'application rétroactive. Ce qui fait dire à Laydu qu'il n'est pas possible d'« évoquer la question de l'expertise et de la liquidité en termes de « liquide ou non liquide » ; il faut inclure dans le raisonnement le paramètre du moment de cette liquidité [...] La créance dont le montant est déterminé par expertise ne sera pas liquide au moment du début du travail de l'expert, mais elle le sera au bout (en fin) de celui-ci (et de celui du juge)¹²⁰. »

Afin de déterminer le sérieux de la contestation, le juge devra s'intéresser au moment où cette dernière sera faite¹²¹. Une créance contestée après la demande de compensation peut être un indice de la volonté d'empêcher l'application légale de cette dernière. En ce sens, la simplicité liée à la liquidation, caractérisée par le peu d'importance de l'intervention judiciaire, vient parfois permettre la compensation légale, malgré l'absence formelle de liquidité. Ainsi, la facilité de procéder à la liquidation de la créance peut être considérée comme un assouplissement de la condition de liquidité.

2.1.2.2 L'assouplissement : la *facilité* de liquidation de la créance

Parce que le refus par une partie d'admettre la compensation légale peut être source d'injustice¹²², la condition de liquidité sera parfois appréciée par le juge en fonction non pas de son existence objective, mais bien

119. J.-B. LAYDU, *op. cit.*, note 81, p. 329.

120. *Ibid.*

121. *Id.*, p. 49.

122. Rappelons que la compensation légale, lorsqu'elle est constatée par le juge, peut être rétroactive, contrairement à la compensation judiciaire.

de la facilité de liquidation de la dette. La condition de liquidité sera alors associée à la possibilité d'établir facilement la quotité de la dette. Dans cette mesure, la liquidité ne sera plus, au sens classique, « combien il est dû¹²³ », mais « jusqu'à quel point est-il facilement vérifiable de déterminer combien il est dû ». Le risque d'insolvabilité du débiteur, qui se fait plus important pour le créancier lorsque la dette doit être liquidée, se présente comme fondement à cette approche. Le délai nécessaire peut faire la différence entre une extinction parfaite et une extinction partielle. La simple absence de liquidité d'une dette risquerait, dans de telles conditions, de porter un préjudice significatif au créancier. D'où la justification pour le juge de considérer comme liquide la dette ne présentant pas *a priori* de difficulté de liquidation¹²⁴.

En droit québécois, la distinction n'a pas été remise en question. La certification de la liquidation par un juge engendre-t-elle obligatoirement une compensation judiciaire ? C'est ce que semblent soutenir certains auteurs¹²⁵, après, toutefois, avoir souligné que la « liquidité des dettes exige que le montant de chacune d'elles soit fixé avec précision *ou puisse l'être aisément*¹²⁶ ». Ainsi, la condition de liquidité serait remplie lorsqu'une dette est « facilement et promptement liquidable¹²⁷ ». Dans une affaire célèbre en la matière, il a été déterminé que la condition de liquidité était satisfaite lorsqu'une dette « peut être prouvée facilement par les factures, bons de commande, etc., [qu'une partie] a déjà en main même si le processus de démonstration de cette preuve nécessite quelque temps vu la quantité considérable desdits bons de commande et factures¹²⁸ ». Nous nous éloignons donc de la conception de la liquidité selon laquelle « les dettes ne sont liquides que si leur existence et leur quotité sont d'ores et déjà fixées¹²⁹ ». Comme le souligne Carbonnier, l'approche souple « était sans doute celle du droit romain, et elle a inspiré une jurisprudence équitable dont les décisions peuvent donner lieu aux doutes, parce qu'elles semblent reconnaître au juge un pouvoir d'appréciation peu en harmonie avec l'automatisme de l'a. 1290 [art. 1673 C.c.Q.]¹³⁰ ». Pour notre part, nous soutenons qu'une telle

123. R.J. POTHIER, *op. cit.*, note 102.

124. Ce risque a été souligné par A. ARDILLIER, *La compensation judiciaire*, Thèse de doctorat, Bordeaux, 1973, p. 34, cité par J.-B. LAYDU, *op. cit.*, note 81, p. 324.

125. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 13, n° 964, p. 771.

126. *Ibid.*; l'italique est de nous.

127. *Habel c. Deblois*, [1950] R.L. 257 (C.S.), cité dans M. TANCELIN, *op. cit.*, note 13, n° 1194, p. 612.

128. *Lauzier Électrique inc. c. Place Dupuis inc.*, [1977] C.S. 196, p. 200, j. Guy Pager.

129. J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 7, n° 343, p. 564.

130. *Ibid.*

approche souple s'impose en raison de l'illogisme et de l'impossible application juridique de l'automatisme compensatoire. Cette solution n'est d'ailleurs pas récente.

La volonté d'assouplir la condition de liquidité apparaît chez les auteurs coutumiers¹³¹. Plus encore, Justinien, en exigeant la liquidité pour que puisse être opposée la compensation, lui donnait un sens large. La liquidité était alors entendue non pas telle la quotité de la dette certaine au moment de la compensation, mais en fonction de la facilité de sa vérification¹³². Joussetin rappelait à la fin du XIX^e siècle que cette idée avait guidé les rédacteurs du *Code civil* français :

Interprétée d'une façon étroite comme une exigence de caractère absolu et impératif, cette condition serait regrettable au plus haut point. Pour une simple circonstance fortuite, la compensation légale serait empêchée, au mépris des intérêts, des droits légitimes auxquels elle a pour mission de satisfaire [...] Mais le législateur français, que guidaient, avant tout, des considérations d'équité, s'est bien gardé d'admettre une notion aussi absolue, aussi rigide de la liquidité. Il y a, tout au contraire, apporté des tempéraments [...] Aux dettes pleinement liquides, il a assimilé les dettes de liquidation rapide et facile¹³³.

La doctrine française considère avec raison que la liquidation d'une créance libellée en monnaie étrangère ne cause plus, de nos jours, de difficulté, bien que la jurisprudence française soit demeurée longtemps réticente à cette idée¹³⁴. En droit québécois, la question ne semble pas soulever plus de complications¹³⁵. La facilité avec laquelle est déterminé aujourd'hui le cours des différentes monnaies ne laisse donc planer aucun doute sur la facilité de leur liquidation. Si problème il y a, il pourrait se situer du côté de l'exigibilité de la créance.

131. J.-B. LAYDU, *op. cit.*, note 81, p. 77.

132. *Ibid.*

133. F. JOUSSETIN, *op. cit.*, note 19, p. 94.

134. J.-B. LAYDU, *op. cit.*, note 81, p. 335 ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 7, n° 343, p. 564 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, note 14, n° 1068, p. 630.

135. « La compensation de sommes d'argent ne pose pas de problèmes sérieux, sauf peut-être de savoir si l'opération est possible pour une dette payable en monnaie étrangère. On ne voit pas, en fait, la raison qui permettrait de s'opposer à une telle compensation si le cours de la monnaie étrangère peut être déterminé avec précision » : J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 13, n° 962, p. 770.

2.1.3 L'exigibilité

L'exigibilité peut être définie comme le caractère « d'une obligation dont le créancier est en droit de réclamer l'exécution immédiate¹³⁶ ». Troisième condition permettant d'apprécier l'état de la créance, l'exigibilité a surtout trait à la possible réclamation immédiate de celle-ci. Que ce soit par l'entremise du paiement¹³⁷ ou de la compensation, l'obligation devra être exigible pour être éteinte. Ainsi, l'exigibilité est une condition primordiale de la recherche d'automatisme de la compensation légale et est donc fortement rattachée au rôle de paiement qui prédomine chez cette dernière.

Condition propre au paiement, avec la liquidité¹³⁸, l'exigibilité symbolise la perception légale et automatique de la compensation. La compensation légale, qui cherche à opérer sans aucune intervention externe¹³⁹, doit réunir toutes les qualités permettant l'extinction réciproque de deux créances.

Sans cette condition d'exigibilité des dettes à compenser, l'exécution et l'extinction simultanées de deux créances seraient impossibles¹⁴⁰. L'exigibilité constitue un préalable à l'application de la compensation en ce qu'elle concrétise l'*aftung* ou l'*obligatio* de chacun des créanciers-débiteurs. Plus simplement, « [une] dette à terme ne se compense pas puisque le paiement ne saurait en être exigé¹⁴¹ ». De même, la compensation ne pourra s'opérer entre une obligation civile et une obligation naturelle, cette

136. P.-A. CRÉPEAU (dir.), *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, s.v. « Exigibilité », p. 240. « L'exigibilité est la qualité d'une créance dont on peut *actuellement* réclamer le paiement. Une créance à terme ou conditionnelle est exigible quand le terme est échu ou la condition accomplie » : S. CORNIOT, *Dictionnaire de droit*, t. I, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1966, s.v. « Exigibilité », p. 760.

137. Évidemment, le fait d'associer la compensation au paiement entraîne la justification suivante. « Pour pouvoir réclamer paiement, les dettes doivent être exigibles. Il ne peut donc y avoir compensation légale entre une dette exigible et une autre qui ne l'est pas, parce qu'affectée d'un terme » : J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 13, n° 965, p. 773.

138. N.-C. NDOKO, *loc. cit.*, note 91, 673.

139. Cela est contraire aux modes compensatoires qui nécessitent l'intervention du pouvoir judiciaire afin que soit satisfaite la condition d'exigibilité. L'intervention du juge, qui est externe à la volonté des parties, lorsqu'elle devra se faire, suivra toujours la demande de compensation de l'une des parties et se justifiera par l'opposition de l'autre à la compensation. L'élément déclencheur sera donc la volonté de compenser de l'une des parties, et non l'intervention du juge.

140. « La compensation équivaut à un paiement que chacun des créanciers impose à l'autre. Elle ne s'opère donc pas de droit quand le paiement d'une des dettes n'est pas exigible » : R. SAVATIER, *op. cit.*, note 9, n° 539, p. 248.

141. B. STARCK, *op. cit.*, note 118, n° 2448, p. 740.

dernière ne pouvant être exigible juridiquement¹⁴², puisque « l'exigibilité suppose l'existence d'une sanction dont seule l'obligation civile est susceptible, par opposition à l'obligation naturelle¹⁴³ ».

Donc, plus que de permettre l'assurance de l'existence des créances réciproques, l'exigibilité certifie leur caractère exécutoire, c'est-à-dire que les dettes sont « échues, pures et simples et civiles¹⁴⁴ ». La condition d'exigibilité n'est pas différente de celle qui existe en matière de simple exécution, à l'exception évidente que l'*exécution* compensatoire par l'une des parties entraîne une double extinction réciproque. Comme l'affirment des auteurs, cette « exigence se justifie dans la conception des rédacteurs du Code civil [français], pour qui la compensation est un double paiement : tant qu'une créance n'est pas exigible, le créancier ne peut contraindre le débiteur au paiement, à moins que le terme n'ait été stipulé dans l'intérêt du débiteur, ce qui est rare¹⁴⁵ ». Toutefois, aussitôt le rôle de paiement mis de côté au profit de celui de garantie, la condition d'exigibilité des dettes devient encombrante. Ce qui fait dire aux mêmes auteurs que la condition d'exigibilité « n'est pas en accord avec le système qui voit essentiellement dans la compensation une garantie du paiement : si le but de la compensation est de donner un privilège au créancier qui l'invoque, en lui permettant de ne pas payer sa propre dette, on étendra cette protection aux créances à terme, comme aux créances échues¹⁴⁶ ».

L'analyse de la condition d'exigibilité doit ainsi passer impérativement par la considération de l'effet de paiement qu'a la compensation, en raison de la double extinction d'obligations qu'elle opère. L'exigibilité réciproque de chacune des créances entraîne la volonté de chacun des créanciers de voir son débiteur s'exécuter, et la réciprocité imposera la compensation comme une solution simple et logique à un double débours inutile. La compensation légale ainsi envisagée, nous constaterons que l'exigibilité permet le respect du terme de la créance (2.1.3.1), sauf dans le cas du délai de grâce (2.1.3.2).

142. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 13, n° 965, p. 773 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 13, n° 348, p. 616 ; V. KARIM, *op. cit.*, note 13, p. 755 ; H. MAZEAUD et autres, *op. cit.*, note 12, n° 1149, p. 1192 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 14, n° 1300, p. 1036 ; F. GRUA, *loc. cit.*, note 14, n° 45, 4.

143. M. TANCELIN, *op. cit.*, note 13, n° 1193, p. 612.

144. *Id.*, n° 1191, 611.

145. H. MAZEAUD et autres, *op. cit.*, note 12, n° 1149, p. 1192.

146. *Ibid.*

2.1.3.1 Le respect du terme de la créance dans un processus d'extinction forcée

Qui a terme ne doit rien

L'exigibilité des créances permet le respect du terme de chacune d'elles et donc de leur possible exécution. Ce faisant, l'exigibilité n'éloigne pas du paiement la conséquence première de la compensation légale pour la partie qui l'impose, soit l'exécution de la dette. Inversement :

[un] débiteur ne peut échapper à l'obligation de payer sa dette, par hypothèse exigible, en se prévalant à l'encontre de son créancier d'une créance qui ne l'est pas. Ce dernier a droit à son paiement à l'échéance prévue et peut, dans le même temps, refuser de payer lui-même une créance non échue. Il ne peut, sous prétexte de compensation, être privé du bénéfice du terme de sa propre créance¹⁴⁷.

Le choix d'enclencher le processus de la compensation légale, que les parties pourront faire d'un commun accord, aura pour signification que chacune d'elles accepte en paiement l'extinction réciproque de sa dette. La situation devient toutefois plus délicate lorsqu'un seul des débiteurs-créanciers impose sa volonté compensatoire. Ce faisant, il oblige son vis-à-vis à recevoir en paiement autre chose¹⁴⁸ que ce qui lui est dû, soit le paiement partiel de l'obligation. Selon ces considérations, le rôle joué par la compensation légale redevient ce qu'il est avant tout, un mode d'extinction des obligations.

L'extinction est un effet de l'exécution, elle en découle. Contrairement à la prescription extinctive et à la confusion, qui entraînent toutes deux l'abolition d'obligations sans exécution du débiteur ni intervention directe¹⁴⁹ du créancier, la compensation nécessite la volonté de l'une des parties pour être opposée à l'autre. Par l'entremise de la compensation, le

147. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 14, n° 1300, p. 1036.

148. La compensation ne va pas seulement à l'encontre de la règle de l'indivisibilité du paiement, mais également à celle de l'identité, dans la mesure où le créancier qui se fait opposer compensation ne bénéficie que d'une fraction de la créance. Il ne s'agit donc pas de recevoir le paiement en plusieurs versements (règle de l'indivisibilité), mais bien de recevoir une partie de la somme due uniquement. En ce sens, l'obligation exécutée n'est pas celle qui est attendue par le créancier. Art. 1561 C.c.Q.

149. La confusion pourra évidemment découler d'un acte du créancier de l'obligation, telle la donation. Cependant, il ne s'agira pas alors d'une intervention directe relative à la créance, contrairement à ce que serait, par exemple, une remise, qui chercherait, elle, à éteindre directement la créance, et ce, bien qu'elle ait pour conséquence un résultat identique. Il en est de même du fait pour le créancier de laisser écouler le temps de manière volontaire de sorte que sa créance se prescrive d'elle-même. Dans ces deux cas, l'extinction ne découlera pas directement du créancier.

débiteur cherche à *exécuter* son obligation. Pour la partie qui se fait imposer la compensation, il n'est toutefois pas possible de parler d'exécution, puisque l'extinction de sa dette est, sur le plan strictement juridique, un effet de la loi. Lorsque la compensation est invoquée par l'une des parties, l'autre ne s'exécute aucunement ; elle ne fait que constater l'extinction de sa créance sans pouvoir s'y opposer. L'imposition de l'exécution à l'un des débiteurs-créanciers et le rapprochement fait entre la compensation légale et le paiement ont amené les auteurs à attribuer à la compensation le qualificatif paradoxal de *paiement forcé*¹⁵⁰.

Or, le caractère inéluctable de l'extinction inhérent à l'institution empêche de qualifier en toutes circonstances la compensation de mode de paiement ; elle le sera uniquement lorsque les deux parties choisiront d'un accord commun la compensation comme mode de paiement, plutôt que de procéder à un inutile double débours. Ce n'est qu'en ces circonstances, en raison de l'expression de la volonté des deux parties, que la compensation pourra être perçue comme un mode de paiement¹⁵¹. Autrement, seule la partie qui invoque la compensation, celle qui l'aura choisie comme mode de paiement, s'exécute en opposant la compensation. La partie qui se fait opposer compensation ne s'exécute aucunement, ne procède à aucun paiement ; elle ne peut que constater l'extinction de son obligation.

Puisque l'extinction est impérative dans ses effets pour l'une des parties, puisqu'il ne peut pas y avoir d'exécution pour l'une d'elles, et puisque le résultat — et non le processus — sera le même que le paiement, il va de soi que les conditions propres au paiement devront être remplies pour que la compensation puisse produire ses effets *automatiquement*. Pour cette raison, la compensation « ne s'opère que si chaque créancier est d'ores et déjà en droit de contraindre l'autre au paiement¹⁵² ». En ce sens, le terme de grâce n'influant pas sur l'exigibilité, il ne saurait constituer un obstacle à la compensation légale.

2.1.3.2 L'exception du délai de grâce

L'exception du délai de grâce (art. 1675 C.c.Q.) marque l'opposition qui existe entre la nature du paiement et celle de la compensation. Puisque cette dernière peut s'opérer malgré l'octroi d'un délai de grâce, le caractère

150. B. STARCK, *op. cit.*, note 118, n° 2104 et suiv. p. 751 ; H. MAZEAUD et autres, *op. cit.*, note 12, p. 1197 et suiv.

151. L'exemple le plus impressionnant est sans aucun doute les chambres de compensation en matière bancaire.

152. F. GRUA, *loc. cit.*, note 14, n° 44, 4.

pur et simple d'extinction des obligations de la compensation de même que son rôle éventuel de sûreté sont mis en évidence. La compensation est ici dissociée du paiement en raison d'une justification d'équité inhérente à l'institution : si l'application de la compensation n'est pas permise, le créancier qui subit la prorogation du terme de sa créance¹⁵³ court le risque de devoir payer son créancier sans l'assurance de recouvrer la somme qui a déjà atteint le seuil d'exigibilité. Il est donc logique d'affirmer que, si « le terme de grâce ne fait pas obstacle à la compensation selon l'article 1675 C.Q., c'est précisément parce qu'il est accordé selon l'article 2332 C.Q. au débiteur dont l'obligation est venue à échéance¹⁵⁴ ». Justifiant la règle en droit français (art. 1292 *Code civil* français), règle qui a donné naissance à la solution de droit québécois, un auteur écrit que la « règle s'imposait puisque le délai de grâce n'est accordé par le juge qu'en faveur de celui qui n'a pas les moyens de payer. Or, sitôt qu'une personne devient créancière d'une autre qui est déjà son propre créancier, elle acquiert en quelque sorte vis-à-vis d'elle les moyens de la payer¹⁵⁵ » ; raison pour laquelle il « serait choquant qu'un débiteur puisse opposer la mesure de grâce à son créancier tout en exigeant simultanément de celui-ci l'exécution stricte de l'obligation qu'il a à son égard¹⁵⁶ ».

Le délai de grâce empêchant toute exécution forcée de l'obligation, il interdit par le fait même le paiement effectif. Toutefois, puisque la compensation ne joue qu'un rôle de paiement fictif en de telles circonstances, il ne peut constituer un obstacle à son application. Le terme de grâce n'influant pas sur l'exigibilité de la dette, il ne peut empêcher la compensation¹⁵⁷. En somme, il « n'a pour objet que de retarder les poursuites sans avoir pour effet de retarder l'exigibilité¹⁵⁸ ». Ainsi, comme l'écrit un auteur :

Le délai de grâce, certes, prive le créancier de la possibilité de recourir à l'exécution forcée, mais il ne retarde pas véritablement l'exigibilité de la créance qu'il affecte. L'article 1292 du Code civil [art. 1675 C.c.Q.] en déduit la conséquence qu'il ne constitue pas un obstacle à la compensation. Non seulement le débiteur à terme peut y renoncer, mais, surtout, la survenance d'une obligation en sens inverse met en mesure le créancier de se prévaloir immédiatement de la compensation¹⁵⁹.

153. C'est le cas en vertu, par exemple, de l'article 2332 C.c.Q.

154. M. TANCELIN, *op. cit.*, note 13, n° 1191, p. 611.

155. A. SÉRIAUX, *op. cit.*, note 14, p. 622.

156. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 14, n° 1300, p. 1036.

157. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 13, n° 965, p. 773.

158. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 13, n° 348, p. 617.

159. R. MENDEGRIS, *op. cit.*, note 14, p. 80.

À la lumière de l'exception compensatoire relative au délai de grâce énoncée à l'article 1675 C.c.Q., la condition d'exigibilité apparaît propre non pas au rôle de paiement précisément, mais bien au rôle fondamental d'extinction des obligations, extinction qui advient en raison de l'exécution permise par l'exigibilité.

Ainsi, c'est la recherche d'automatisme de la compensation légale, le souhait de lui faire jouer un rôle de paiement à l'égard d'au moins l'une des parties tout en permettant de l'opposer en tant que mode d'extinction pour l'autre partie, qui imposent les conditions de certitude, de liquidité et d'exigibilité. Ces trois conditions, en assurant l'existence de la créance et son caractère exécutoire, permettent de remplir l'un des deux éléments principaux de la compensation, celui qui la rapproche du paiement, soit l'existence des créances. Cependant, la compensation trouve sa particularité dans la double extinction qui, pour se produire, nécessitera également la possibilité d'échanger des obligations les unes avec les autres dans une optique exécutoire — et donc extinctive — unilatérale ou bilatérale.

2.2 Les conditions relatives à l'échange des créances

Certains auteurs soutiennent que les conditions de réciprocité et de fongibilité sont essentielles à l'existence de la compensation, qu'elles font partie intégrante de l'institution¹⁶⁰. Pour notre part, sans affirmer que ces deux conditions sont indispensables à tous les types de compensation¹⁶¹, nous les reconnaissons pour nécessaires à l'existence de la compensation légale¹⁶². La recherche d'automatisme propre à la compensation légale de même que son rôle de paiement prédominant imposent ces deux conditions pour réaliser la soustraction des créances. Sans l'assurance de réciprocité, il est impossible de procéder à la compensation en l'absence de contrôle judiciaire, le juge devant alors attester la non-affectation des droits des tiers¹⁶³. La fongibilité, quant à elle, est affaire de volonté des parties, puisqu'il ne peut être imposé en paiement autre chose que ce qui est

160. N.-C. NDOKO, *loc. cit.*, note 91, 664.

161. C'est ce que soutient N.-C. NDOKO, *ibid.*, note 91, 664, lorsqu'elle écrit : « Aussi ces deux conditions ne sont-elles d'aucun secours pour distinguer les diverses formes de compensation, puisqu'elles doivent nécessairement exister à la base de toutes les variétés. » ; R. MENDEGRIS, *op. cit.*, note 14, n° 60, p. 82 ; M. TANCELIN, *op. cit.*, note 13, n° 1186, p. 609.

162. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 14, n° 1295, p. 1033.

163. A. BÉLANGER, « Compensation, cession de créance et consommation », dans P.-C. LAFOND (dir.), *Mélanges Claude Masse*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 246-255.

dû¹⁶⁴. En ce sens, la réciprocité (2.2.1) et la fongibilité (2.2.2) sont les corollaires du rôle d'extinction des obligations et de l'effet de paiement qui prédominent en matière de compensation légale.

2.2.1 La réciprocité

La réciprocité, définie selon une conception logique, sera ce qui « s'exerce à la fois d'un premier terme à un second et du second au premier¹⁶⁵ ». Cela permet une définition plus générale de la réciprocité, soit ce qui « implique, entre deux personnes ou deux groupes, un échange de sentiments, d'obligations, de services, etc.¹⁶⁶ ». C'est à cette conception que faire référence le C.c.Q. énonçant qu'il y a compensation lorsque « deux personnes se trouvent réciproquement débitrices et créancières l'une de l'autre » (art. 1672). Le nouveau texte remplace ainsi le terme « mutuellement » qui était employé dans le *Code civil du Bas Canada* (art. 1187) sans aucune conséquence¹⁶⁷. Le *Code civil du Québec* spécifie de plus que la « compensation s'opère de plein droit dès que coexistent des dettes » (art. 1673), termes comparables à ceux du *Code civil du Bas Canada*¹⁶⁸. La doctrine, quant à elle, a qualifié la réciprocité de « dualité de lien entre les mêmes personnes¹⁶⁹ », « d'obligations en sens inverse entre deux personnes¹⁷⁰ » et de « dettes croisées¹⁷¹ ». Cela implique donc que chacune « des deux parties doit être personnellement à la fois créancière et débitrice de l'autre, dans leur rapport de droit¹⁷² ».

La réciprocité des créances semble fondamentale en matière de compensation, voire, pour certains, « évidente¹⁷³ ». Seulement, ce caractère fondamental n'est réel qu'en ce qui a trait au rôle de paiement de la compensation légale (2.2.1.1) et plus précisément au désir d'automatisme de ce paiement (2.2.1.2).

164. Art. 1561 C.c.Q. : « Le créancier ne peut être contraint de recevoir autre chose que ce qu'il est dû, quoique ce qu'il lui est offert soit d'une plus grande valeur. »

165. P. ROBERT, *Le Petit Robert*, Paris, Dictionnaire Le Robert, 2002, s.v. « Réciproque ».

166. P. ROBERT, *Le Petit Robert*, Paris, Dictionnaire Le Robert, 1973, s.v. « Réciproque ».

167. M. TANCELIN, *op. cit.*, note 13, n° 1186, p. 609.

168. Art. 1188, 2e al. C.c.B.C. : « Aussitôt que les deux dettes existent simultanément, elles s'éteignent mutuellement jusqu'à concurrence de leur montant respectif. »

169. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 13, n° 961, p. 769.

170. M. TANCELIN, *op. cit.*, note 13, n° 1187, p. 610.

171. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, note 14, n° 1068, p. 630.

172. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 13, n° 345, p. 615.

173. H. MAZEAUD et autres, *op. cit.*, note 12, n° 1147, p. 1191.

2.2.1.1 La réciprocité et le paiement

La condition de réciprocité est profondément liée au rôle d'extinction automatique de la compensation légale. En permettant l'extinction des obligations de part et d'autre des mêmes parties, elle fonde, en raison de l'autonomie théorique de la compensation légale et de la possibilité pour l'une des parties de l'opposer à l'autre, le caractère imposé de ce mode d'extinction des obligations.

La compensation légale doit être différenciée du paiement en raison, entre autres, de l'exigence de réciprocité qui lui est propre. Alors que le paiement exige une obligation (art. 1554 C.c.Q.), la compensation légale impose en plus la réciprocité des dettes. Cette réciprocité la fait paraître, non pas tel un simple paiement, mais comme un double paiement¹⁷⁴. C'est donc précisément parce qu'il est réciproque que ce *paiement* est double. Cependant, le rôle de la compensation légale n'en est pas pour autant principalement un rôle de paiement. Il est injustifié de considérer l'institution sous l'angle inverse en lui attribuant fondamentalement un rôle de paiement réciproque qui permettrait l'extinction simultanée de deux dettes, car la compensation légale échappe aux deux règles fondamentales propres au paiement¹⁷⁵. Comme l'exprimait Larombière :

Dans son sens le plus résumé, la compensation est une imputation réciproque de paiements [...] Mais c'est plutôt indiquer comment elle opère, que d'en déterminer, par une définition exacte, les causes et les effets [...] La compensation est donc l'extinction totale ou partielle de deux dettes jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives, laquelle s'opère de plein droit, à l'instant où ces deux dettes se trouvent exister à la fois, le débiteur et le créancier de l'une étant en même temps créancier et débiteur de l'autre [...] Il semble alors que chacune de ces dettes soit mise dans un plateau de la balance, qu'on les y pèse, et qu'on vérifie si leur poids respectif est égal, ou quelle est la différence. Le mot compensation n'a pas littéralement une autre étymologie¹⁷⁶.

C'est donc en permettant la double extinction automatique et en imposant ainsi l'extinction à l'une des parties que la compensation se différencie du paiement dans sa nature. Sans volonté d'exécution et sans liberté de recevoir ce qui lui est dû, le créancier qui doit subir la compensation ne s'exécute pas purement et simplement, de façon volontaire. De même, il ne

174. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 13, n° 958, p. 768 ; B. STARCK, *op. cit.*, note 118, n° 2103, p. 750 ; H. MAZEAUD et autres, *op. cit.*, note 12, n° 1145, p. 1189.

175. L'article 1561 C.c.Q. énonce la règle de l'identité de l'objet voulant que le créancier ne puisse être contraint de recevoir autre chose que ce qui lui est dû, de même que la règle de l'indivisibilité du paiement qui empêche d'imposer au créancier un paiement partiel.

176. M.L. LAROMBIÈRE, *op. cit.*, note 4, p. 113.

reçoit aucunement l'exécution de sa créance en paiement. C'est celui qui se *paie* par l'extinction de sa dette qui profite et s'exécute au sens propre du paiement. Et c'est la réciprocité qui permettra d'imposer, non pas le paiement, car la notion perd ici tout son sens, mais l'extinction de la créance du créancier qui est lui-même débiteur de son débiteur. Ce rôle ambivalent, paiement pour la partie qui invoque la compensation et extinction pour celle qui se la fait imposer, ne permet tout au plus de définir la compensation, sous l'angle de la condition de réciprocité, qu'en fonction de son effet de paiement et de son rôle d'extinction des obligations. Le paiement n'est qu'un mode déterminé d'extinction des obligations, au même titre que la compensation. La réciprocité sera donc à la fois élément différenciateur, lorsqu'elle est analysée sous l'angle du créancier subissant la compensation, et élément de renfort de l'effet de paiement, parce qu'il est doublé, pour le débiteur-créancier qui s'en prévaut.

Ainsi, la réciprocité serait à la fois élément de distinction et élément d'identité du paiement et de la compensation légale. C'est l'automatisme du double effet extinctif qui rend nécessaire la condition de réciprocité et non la théorique autonomie d'application de la compensation légale considérée dans un sens trop absolu. Cet automatisme dans les effets extinctifs, qui se justifie par la condition de réciprocité, vient différencier la compensation, mode d'extinction forcé sans exécution pour l'une des parties, du paiement, mode d'exécution volontaire pour chacune d'elles.

2.2.1.2 La réciprocité et l'automatisme d'extinction

Pour que la compensation légale puisse produire les effets escomptés, l'extinction forcée ne doit pas, *a priori*, porter préjudice à l'une des parties touchées par son application. La condition de réciprocité aura ce contrôle pour fonction. En son absence, l'équilibre obligationnel entre les deux parties n'étant plus apparent, l'automatisme ne serait plus envisageable. Ainsi, en matière de cession de créance, la compensation légale ne pourrait opérer entre une créance que détient le cédé envers le cédant et la créance que le cessionnaire détient à son encontre en raison de la cession¹⁷⁷. La réciprocité qui existait entre le cédé et le cédant avant la cession de créance a disparu postérieurement à cette dernière. La compensation légale ne pourrait alors trouver application, de manière automatique, sans porter préjudice aux droits du cessionnaire. Le caractère automatique de la compensation légale n'est envisageable que dans l'optique d'une relation bilatérale entre deux créanciers-débiteurs. Les obligations devront être dues

177. Art. 1680 C.c.Q.

personnellement par les deux mêmes personnes, sinon « les deux qualités de créancier et de débiteur ne se trouvent point réunies dans les mêmes personnes ; et c'est le concours de ces deux qualités qui peut seul opérer de plein droit la compensation des dettes, jusqu'à due concurrence¹⁷⁸ ».

Pour être qualifiées de réciproques, les dettes devront donc être dues par « les mêmes personnes, prises en la même qualité¹⁷⁹ ». Ainsi, ne pourront, en principe¹⁸⁰, être compensées des obligations appartenant à des personnes morales différentes¹⁸¹. De même en est-il pour l'exemple classique du tuteur qui ne pourra compenser ce qu'il doit à son créancier avec ce que ce dernier doit au bénéficiaire de la tutelle¹⁸².

La liquidité, la certitude et l'exigibilité ont pour rôle d'établir l'existence des dettes et la réciprocité permet de justifier l'échange et l'extinction mutuelle imposés des dettes. La fongibilité permettra de s'assurer qu'une obligation vaut bien l'autre.

2.2.2 La fongibilité

Personne ne peut être contraint de recevoir en paiement autre chose que ce qui lui est dû¹⁸³. C'est le volontarisme à la base du droit des obligations qui impose la règle. La question de savoir si la compensation, en tant que mode d'extinction des obligations, permet de passer outre aux conditions du paiement relatives à l'objet (art. 1561 C.c.Q.) trouve ici une réponse négative. Il faut que les objets susceptibles de compensation « puissent indifféremment être remplacés l'un par l'autre, sans qu'aucune des parties n'en souffre préjudice¹⁸⁴ ». La fongibilité justifie l'opposition réciproque des créances détenues par les débiteurs-créanciers. Elle ne sera donc appelée à disparaître qu'en présence d'une volonté commune des parties

178. C.-B.-M. TOULLIER, *op. cit.*, note 20, n° 375, p. 448.

179. M. TANCELIN, *op. cit.*, note 13, n° 1186, p. 609.

180. *Contra* : Canadian Imperial Bank of Commerce c. Les Importations Tour de France Inc., [1996] R.R.A. 989 (C.A.).

181. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 13, n° 961, p. 769 ; Bissiger c. Banque Royale du Canada, [1986] R.J.Q. 1666 (C.S.).

182. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 13, n° 345, p. 615 ; J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 13, n° 961, p. 769 ; C.-B.-M. TOULLIER, *op. cit.*, note 20, n° 375, p. 448 ; M.L. LAROMBIÈRE, *op. cit.*, note 4, p. 119 ; R. SAVATIER, *op. cit.*, note 9, n° 536, p. 247 ; B. STARCK, *op. cit.*, note 118, n° 2084, p. 742 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 14, n° 1297, p. 1034.

183. C.-B.-M. TOULLIER, *op. cit.*, note 20, n° 363, p. 439 ; M.L. LAROMBIÈRE, *op. cit.*, note 4, p. 125 ; B. STARCK, *op. cit.*, note 118, n° 2092, p. 745 ; F. GRUA, *loc. cit.*, note 14, n° 32, 3 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 14, n° 1298, p. 1035.

184. J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *op. cit.*, note 13, n° 962, p. 770.

en ce sens. Contrairement à la réciprocité, qui devrait pouvoir être remplacée en certaines circonstances par le contrôle d'un juge à la demande d'une seule des parties au processus compensatoire¹⁸⁵, la fongibilité sous-entend l'accord des parties¹⁸⁶. À l'inverse des autres conditions légales nécessaires à la compensation qui pourront être satisfaites à la suite d'une intervention judiciaire, la fongibilité, en trouvant sa source dans la volonté des parties, ne saurait être imposée à l'une d'elles.

Une telle conception peut sembler académique dans un système juridique où la majorité des échanges sont pécuniaires, et cela justifie l'interrogation relative à la désuétude de la condition de fongibilité des créances (2.2.2.2). Paradoxalement, la fongibilité constitue sans doute la seule condition légale intrinsèque à toutes les formes de compensation (2.2.2.1).

2.2.2.1 La nécessité de la condition de fongibilité

La fongibilité amoindrit l'importance de l'atteinte faite à la volonté du créancier qui se fait imposer la compensation : le moment de l'extinction n'est pas choisi, l'exécution n'existe pas à proprement parler, mais la nature du bien qui aurait été donné en paiement, n'eût été de la compensation, est respectée. Sans la condition de fongibilité, « les obligations réciproques des parties à un contrat synallagmatique s'éteindraient par compensation sans avoir à être exécutées¹⁸⁷ ».

Nous pouvons donc affirmer que la fongibilité garantit l'équilibre matériel de la compensation parce qu'elle est la conséquence directe de la recherche d'équilibre entre les parties.

La fongibilité en tant que corollaire de la recherche d'équilibre juridique propre à la compensation

La compensation a été comparée à la balance de la justice¹⁸⁸ en ce qu'elle servait les intérêts de chacune des parties. Si cette affirmation doit être atténuée en certains domaines¹⁸⁹, le processus compensatoire demeure

185. A. BÉLANGER, *op. cit.*, note 1.

186. « Notons que c'est l'intention des parties et non la nature des choses qui font qu'elles sont ou ne sont pas fongibles. L'objet d'une obligation est fongible, si les parties l'ont considéré dans son genre, et si le débiteur peut se libérer en fournissant une quantité ou une chose quelconque de ce genre » : J. PERCEAU, *op. cit.*, note 58, p. 9.

187. M. TANCELIN, *op. cit.*, note 13, n° 1195, p. 613.

188. C.-B.-M. TOULLIER, *op. cit.*, note 20, p. 416.

189. Par exemple, la compensation de dettes non réciproques en situation de cession de créance sert avant tout les intérêts du cédé dont les droits ont été touchés par la cession et donc par l'intrusion dans son paysage contractuel du cessionnaire. Voir A. BÉLANGER, *op. cit.*, note 1.

néanmoins un outil fortement imprégné d'esprit de justice¹⁹⁰. C'est donc en ce sens d'égalité des prestations qu'il faut envisager la présence nécessaire de la condition de fongibilité, tout en s'attardant au caractère consensuel que cette condition met en évidence.

La condition de fongibilité, soit « l'interchangeabilité résultant de l'identité de nature de l'objet des deux dettes¹⁹¹ », est essentielle dans la mesure où la compensation ne prend pas la forme d'une dation en paiement, donc tant qu'elle est susceptible d'être imposée à une partie. Ainsi, l'« existence d'obligations réciproques ayant pour objet des choses non fongibles ne peut en aucune façon emporter extinction de plein droit de ces obligations » et, en ce qui a trait « à la renonciation réciproque à l'exécution, elle ne pourrait s'analyser qu'en une forme de transaction ou de dation en paiement mutuelle »¹⁹².

La fongibilité constitue l'assurance de l'équilibre matériel des prestations, alors que la réciprocité est l'assurance de l'équilibre obligationnel des parties. Ce rôle fondamental n'est pas uniquement lié à l'effet de double paiement qu'aura la compensation légale, puisque la fongibilité exerce une fonction aussi déterminante lorsque la compensation est utilisée comme défense ou garantie. En somme, la fongibilité est l'essence même de la compensation. C'est la seule condition qui ne peut être remplacée ou satisfaite par un contrôle judiciaire, puisqu'« on ne peut soustraire un nombre d'un autre s'ils concernent des choses différentes¹⁹³ ». Le souhait d'automatisme propre à la compensation légale et l'effet de paiement qui est sa caractéristique principale viennent encore accentuer l'importance de la fongibilité.

*L'effet de paiement, la recherche d'automatisme légal
et la condition de fongibilité*

Si la condition de fongibilité est intimement liée à la compensation légale, c'est en raison du désir d'automatisme propre à cet outil. En effet, selon le principe de l'automatisme légal compensatoire, sans « la condition de fongibilité, la compensation aurait un rôle considérable, mais néfaste :

190. C'est en considérant la compensation que F. JOUSSELIN, *op. cit.*, note 19, p. 3, écrivait : « Mais à côté de cette raison d'utilité, d'opportunité pratique, il en est une autre [...] qui est, à titre égal, à la base même de la compensation, c'est une raison de justice. »

191. M. TANCELIN, *op. cit.*, note 13, n° 1195, p. 613.

192. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 14, n° 1298, p. 1035.

193. J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 7, n° 337, p. 558.

elle interdirait toute vie juridique, puisqu'elle éteindrait toutes les obligations réciproques ; le contrat synallagmatique serait impossible¹⁹⁴ ».

La condition de fongibilité permet de rejoindre l'idée de la nécessaire volonté de déclenchement de la compensation de la part de l'une des parties. C'est la volonté d'échange de l'une d'elles qui mettra en branle le processus compensatoire si les conditions requises sont satisfaites. En ce sens, la fongibilité est l'expression première de cette intention. Jousset l'exprimait en ces termes :

On sait [...] en quoi consiste la fongibilité et d'où elle dérive. Elle ne tient pas à la nature même de la chose due, à son caractère consommable ou non consommable *primo usu*. Elle vient de la volonté même des parties. Aussi toutes les solutions que l'on peut fournir à titre d'exemple sur cette matière sont-elles toujours subordonnées à cette condition que les parties n'aient point manifesté une volonté contraire¹⁹⁵.

Sans l'assurance de l'échange possible des créances des parties, point de compensation possible *automatiquement*. Les effets désirés par la loi ne peuvent se réaliser que dans la mesure où l'échange de créance est réalisable. Or, cet échange est tributaire du caractère fongible des entités à compenser. L'effet de paiement de la compensation légale ajoute à l'importance de la condition.

Invquée comme paiement doublé et abrégé, comme mode d'opposition¹⁹⁶, ou encore pour son effet de sûreté¹⁹⁷, la compensation n'en a pas moins pour effet d'éteindre deux dettes — jusqu'à la valeur de la moindre des deux — simulant de la sorte un effet de double paiement. La fongibilité est donc la conséquence de la volonté des deux parties — ou du moins de l'absence d'opposition possible en présence, par exemple, d'une somme d'argent — de voir leurs créances réciproques éteintes¹⁹⁸. Le caractère de

194. H. MAZEAUD et autres, *op. cit.*, note 12, n° 1148, p. 1191.

195. F. JOUSSELIN, *op. cit.*, note 19, p. 59.

196. En ce qui a trait à la compensation d'application judiciaire à effet non rétroactif.

197. En ce qui a trait à la compensation de dettes non réciproques, voir A. BÉLANGER, *op. cit.*, note 1.

198. « Malgré les différences réelles qui séparent les deux institutions, la compensation s'analyse finalement [...] en un double paiement fictif opéré nécessairement entre les parties. Il faut donc, de toute nécessité, que les deux paiements soient possibles ; il faut que ni l'un ni l'autre des créanciers ne soient en droit de le refuser. Or, pour qu'il en soit ainsi, il faut que la chose payée à chaque créancier soit bien exactement celle qui lui est due. Créancier de dix moutons, je ne saurais être contraint d'accepter un bœuf en paiement ; or ce qui est irréalisable par un paiement direct ne peut être davantage réalisé par un paiement fictif. Ces deux situations sont, sur ce point, identiques et appellent la même solution » : F. JOUSSELIN, *op. cit.*, note 19, p. 57.

paiement fictif réciproque qui peut être attribué à la compensation légale impose le recours à la condition de fongibilité. Sans pouvoir être définie comme telle, la compensation légale, en ayant dans les faits un effet de paiement, nécessite, dans cet esprit, que chaque partie voit son obligation éteinte de manière satisfaisante. Ainsi, selon la conception de la fin du XIX^e siècle, alors que la compensation s'appréciait avant tout comme un paiement, un auteur écrivait que, « comme la compensation tient lieu de payement, il faut que la chose qui fait l'objet de chaque obligation respective soit de telle nature que chacune des parties puisse avec elle valablement acquitter sa dette, et que, d'autre part, comme créancière, elle soit tenue de la recevoir¹⁹⁹ ».

Dans l'optique de la soustraction juridique d'obligations qu'est la compensation, « [on] verrait mal en effet comment soustraire d'emblée des choses qui ne sont pas de nature comparable²⁰⁰ ». La compensation, par l'entremise de la condition de fongibilité, suppose « que les parties obtiennent, en conservant ce qu'elles se doivent l'une à l'autre, la même satisfaction que si elles avaient échangé l'objet de leur obligation²⁰¹ ». En somme, la compensation emprunterait au paiement la règle de l'identité de l'objet, mais elle le ferait par sa nature même, dans la mesure où il serait injuste d'imposer à une partie de voir son obligation éteinte par une prestation autre, selon les vœux uniques de son cocontractant.

Nous avons déjà souligné que la condition d'exigibilité empêchait la compensation d'une obligation naturelle avec une obligation civile. Nous croyons que c'est dans la fongibilité que se situe la solution et que si un terrain d'entente concernant la nature des obligations était trouvé, la question de l'exigibilité serait écartée. En effet, l'impossibilité de compenser en raison de la nature particulière de l'obligation naturelle par rapport à l'obligation civile se justifie par l'absence de fongibilité. Si l'obligation naturelle n'est pas exigible au sens où l'est une obligation civile, ce qui empêche effectivement la compensation entre une obligation naturelle et une obligation civile, nous ne voyons pas pourquoi deux obligations naturelles ne pourraient être compensées entre elles. Ou plutôt, nous ne trouvons pas convaincant l'argument voulant qu'une telle compensation ne puisse se faire sous prétexte qu'aucune d'elles n'est juridiquement exigible et qu'ainsi manque la condition d'exigibilité. À notre avis, l'absence d'exigibilité civile laisse place à ce que nous pourrions qualifier d'exigibilité

199. M.L. LAROMBIÈRE, *op. cit.*, note 4, p. 124.

200. A. SÉRIAUX, *op. cit.*, note 14, n° 189, p. 621.

201. F. GRUA, *loc. cit.*, note 14, n° 32, 3.

morale qui ne devrait aucunement empêcher l'application d'une compensation entre dettes naturelles. Si le débiteur de l'obligation naturelle acceptait de compenser avec sa créance civile, rendrait-il de ce fait son obligation exigible ?

Ce qui justifie l'impossibilité compensatoire provient donc de la différence de nature et de l'absence de fongibilité qui en découle. Il faut toutefois s'interroger sur la possibilité de voir le débiteur d'une obligation morale opposer l'extinction de son obligation par compensation dans la mesure où il ne risquerait aucunement de subir l'exécution forcée de son obligation²⁰². La seule raison serait ici morale.

Ainsi, la condition de fongibilité paraît dans ce cas à la fois essentielle au processus compensatoire et anachronique en raison de l'hégémonie des échanges monétaires qui entraîne, *de facto*, l'omniprésence de la fongibilité entre les dettes à compenser.

2.2.2.2 La désuétude de la condition de fongibilité

La condition de fongibilité peut sembler aujourd'hui très théorique. Les exemples des auteurs se rapportant aux bœufs et aux moutons²⁰³ ou à la pièce de vin de Bourgogne avec la pièce de vin de Bordeaux²⁰⁴, ou encore à une quantité de telle huile avec une quantité de telle autre²⁰⁵, n'apparaissent plus pertinents. La précision voulant qu'il faille que les « choses soient fongibles l'une par rapport à l'autre, et [qu']il ne suffit pas qu'elles soient de leur nature fongible, si elles ne le sont que séparément et respectivement à d'autres²⁰⁶ », bien qu'elle trouve tout son sens sur le plan de la théorie juridique, paraît anachronique en cette ère des échanges monétaires virtuels.

202. Il faut par contre accepter l'idée de l'existence d'une différence entre l'obligation civile et l'obligation naturelle et ne pas soutenir l'opinion voulant que, si « l'obligation naturelle naît seulement de la reconnaissance du devoir moral par le débiteur, l'on a logiquement conclu qu'il ne fallait plus parler d'obligation naturelle... mais d'obligation civile puisque cette reconnaissance a métamorphosé le devoir moral en lien obligatoire : l'obligation naturelle ne serait autre chose qu'une obligation civile parfaite dont la cause serait l'intention de remplir un devoir moral » : R. BOUT, Rép. civ. Dalloz, s.v. « Obligation naturelle », n° 2.

203. F. JOUSSELIN, *op. cit.*, note 19, p. 57.

204. J. PERCEAU, *op. cit.*, note 58, p. 25.

205. C.-B.-M. TOULLIER, *op. cit.*, note 20, n° 364, p. 439.

206. M.L. LAROMBIÈRE, *op. cit.*, note 4, p. 124.

Ce n'est pas le fondement théorique qui est remis en question. Il est indiscutable qu'il ne peut y avoir échange imposé entre ce qui est de caractère indéterminé, chose de genre, et un corps certain. L'interrogation provient plutôt de son application et de l'importance à accorder à cette exigence en raison de la monétisation qui caractérise de plus en plus les échanges contractuels et, corollairement, de la rareté des corps certains.

La considération d'un corps certain dans les échanges économiques est très rare. Cela est dû à la monétisation qui porte à ne considérer que les biens échangeables commercialement, et ayant donc une valeur économique. Il est aujourd'hui difficile de trouver des biens qui ne sont pas « susceptibles de s'échanger les [uns] contre les autres au poids, au nombre et à la mesure²⁰⁷ ». Si certains auteurs du XIX^e siècle reprenaient l'exemple de Pothier voulant qu'il y ait une exception à l'impossibilité de compenser des corps certains dans le cas de parts indivises²⁰⁸, de nos jours, il est assuré que la difficulté serait résolue en fonction de la valeur de chacune de ces parts. Cela n'empêche toutefois pas les auteurs de continuer à relever l'impossibilité²⁰⁹, la règle demeurant évidemment bien fondée.

Il est laborieux à l'heure actuelle de concevoir l'impossibilité d'échanger deux biens en raison de leur caractère déterminé, tant il est entré dans les mœurs que tout bien a une valeur et qu'elle prime la nature du bien elle-même. Sans doute, le développement du droit de la propriété intellectuelle et les échanges commerciaux liés à de tels biens ont permis de faciliter le mécanisme intellectuel permettant d'apprécier la valeur économique propre à chaque chose : s'il est possible de définir la valeur de biens si abstraits, cela peut être fait pour une pièce de vin de Bordeaux ou de Bourgogne.

207. R. SAVATIER, *op. cit.*, note 9, n° 537, p. 247.

208. « La dette d'un corps certain et déterminé peut même être susceptible de compensation, lorsque l'objet respectif des dettes consiste dans une partie aliquote d'un corps indivis. Par exemple, vous m'avez vendu le tiers du fonds Cornélien que vous possédiez par indivis avec Primus et Secundus. Primus vous vend ensuite son tiers indivis, et meurt après m'avoir fait son légataire universel, le tout avant le partage du fond Cornélien [...] Vous m'en devez un tiers par indivis, que vous m'avez vendu ; je vous en dois un tiers aussi par indivis, comme légataire de Primus : il y a identité parfaite entre ces deux dettes ; ainsi elles se compensent de plein droit » : C.-B.-M. TOULLIER, *op. cit.*, note 20, n° 366, p. 440 ; M.L. LAROMBIÈRE, *op. cit.*, note 4, p. 128.

209. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 13, n° 346, p. 615 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 14, n° 1298, p. 1034.

Cependant, la spécialisation de la création des biens et des services raréfie la possibilité d'invoquer la compensation légale pour autre chose que des créances²¹⁰. Ainsi, la question relative à la compensation de deux obligations de faire²¹¹, si elle reste valable sur le plan des principes et permet de mettre en évidence l'importance de la condition de fongibilité, n'est plus d'aucun intérêt pratique. D'un côté, il est devenu très ardu de retrouver deux débiteurs-créanciers d'une obligation réciproque identique, la concurrence obligeant à la diversification et à la spécialisation qui, elles, mènent à la particularisation ; de l'autre, il apparaît désormais beaucoup plus simple d'évaluer les obligations les unes par rapport aux autres à l'aide de l'étalon monétaire. Ce qui fait dire à Carbonnier que, pratiquement, « la compensation ne se conçoit plus guère qu'entre obligations de sommes d'argent²¹² ». C'est en ce sens qu'il faut considérer l'aspect désuet de la condition de fongibilité. Bien qu'elle soit fondamentalement nécessaire, elle devient de plus en plus délicate à concevoir.

Conclusion

Après notre étude des conditions essentielles à la compensation légale, nous devons conclure qu'elle est avant tout un mode d'extinction des obligations et non un double mode de paiement. Il ne s'agit donc pas de déterminer la proportion des applications dans lesquelles la compensation peut être qualifiée de paiement ou de mode d'extinction, mais bien de s'arrêter à sa nature même. Outre le cas important de la chambre de compensation bancaire, représentant l'exemple parfait de la compensation légale idéalisée, mais qui doit être analysé sous un angle principalement

210. J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 13, n° 346, p. 615 ; H. MAZEAUD et autres, *op. cit.*, note 12, n° 1148, p. 1191 ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 7, p. 558 ; F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 14, n° 1298, p. 1035 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, note 14, n° 1068, p. 630.

211. « Les obligations de faire ne sauraient venir en compensation l'une de l'autre, alors même qu'elles auraient pour objet une opération, un travail, une œuvre de même espèce. Il n'y a, en effet, jamais entre elles cette identité parfaite qui est la condition essentielle de la compensation légale [...] Il y aurait tout au plus lieu à compensation entre les produits identiques d'un même genre de travail, pris comme sujet des mêmes obligations de faire. Tel est le cas où je dois vous fabriquer tels objets, et vous m'en fabriquer aussi de même nature, qualité et bonté. Une fois fabriquées, ces choses sont, en effet, fongibles entre elles, comme objets identiques de nos obligations respectives de faire d'abord, et de donner ensuite. Mais loin d'être une exception, ce cas entre dans la règle générale » : M.L. LAROMBIÈRE, *op. cit.*, note 4, p. 129.

212. J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 7, p. 558.

économique²¹³, il est rare qu'une partie n'ait pas un avantage plus important que l'autre partie à invoquer la compensation (soit la crainte d'insolvabilité de son cocontractant versus un besoin immédiat de liquidité). Le caractère injuste de la règle voulant que l'État ne puisse se faire opposer compensation démontre bien que chacune des parties a toujours un intérêt individuel à invoquer la compensation. En ce sens, la volonté de paiement viendra très rarement des deux parties ; l'une d'elles voudra utiliser la compensation comme mode de paiement, en s'exécutant, c'est-à-dire en faisant valoir sa volonté de compenser, alors que l'autre partie se fera imposer ce mode d'extinction des obligations de manière passive. Pour la partie qui se fait opposer compensation, il y a effectivement extinction de l'obligation, mais sans exécution de sa part. Le processus compensatoire peut donc être défini selon deux étapes distinctes mais complémentaires : il y a d'abord dépendance par rapport à la volonté d'une des deux parties, mais ensuite imposition des effets aux deux parties. La partie qui déclenche le processus ne le contrôle pas. Sa volonté se borne à le mettre en branle : la loi commande le reste.

Les effets légaux de la compensation légale, en naissant dès la satisfaction des conditions obligatoires, permettent l'application rétroactive de la compensation, puisque cette dernière agit, *dans ses effets*, indépendamment de la volonté des parties. C'est sur ce point, la rétroactivité des effets, qu'il faut asseoir la principale distinction entre la compensation légale, qui est d'effet rétroactif, et la compensation judiciaire, qui, elle, ne pourra produire ses effets que de l'instant où le juge permettra la satisfaction des conditions exigées par le Code civil.

Ces limitations à l'automatisme compensatoire, et plus précisément la dépendance par rapport à la volonté, trouvent leur fondement dans l'effet de garantie que ce mode d'extinction octroie à la partie qui l'invoque²¹⁴, et donc à l'atteinte potentielle aux droits des tiers. Bien qu'en matière de compensation légale le rôle de paiement puisse primer celui de garantie, ce potentiel préférentiel ne peut s'épanouir de manière objective, sans volonté

213. « La compensation a attiré l'attention des économistes en tant que procédé de paiement abrégé [...] Mais d'autres procédés, plus perfectionnés, sont venus relayer la compensation dans cette fonction de simplification des paiements : le compte courant, le virement en banque, ou ces procédés collectifs que sont, dans les relations entre les banques, les chambres de compensation ou, dans les relations internationales, les accords de clearing. On rattache quelquefois ces institutions à la compensation. Toutefois, si l'idée générale dont elle s'inspire est la même, elles n'utilisent point le moule juridique des [articles du Code civil] » : J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 7, n° 340, p. 561.

214. R. MENDEGRIS, *op. cit.*, note 14, n° 87, p. 120.

de la mettre en application. Fort à propos, Mendegris mentionne que c'est ainsi qu'est « mis en lumière le rôle fondamental de ce déclenchement, car c'est dans le fait de mettre en œuvre ou de ne pas mettre en œuvre le mécanisme que réside l'atteinte possible aux prérogatives des tiers²¹⁵ ». Cette atteinte potentielle sera d'autant plus importante lorsque sera manquante l'une des conditions légales. Dès lors, le contrôle ne pourra plus n'être que légal, mais il nécessitera l'intervention de l'organe judiciaire, et il ne saurait plus être question de rétroactivité de l'application de la compensation.

215. *Ibid.*